



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA DINIZ ALCANTARA FONTELES DE LIMA

DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE
DIREÇÃO DO EMPREGADOR: abrangência e limites

BELÉM
2012

VANESSA DINIZ ALCÂNTARA FONTELES DE LIMA

DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE
DIREÇÃO DO EMPREGADOR: abrangência e limites

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ da Universidade Federal do Pará – UFPA, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito. Orientadora: Profa. Dra. Rosita de Nazaré Sidrim Nassar.

BELÉM
2012

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPA

Lima, Vanessa Diniz Alcântara Fonteles de

Direito à intimidade do empregado e o poder de direção do empregador: abrangência e limites/ Vanessa Diniz Alcântara Fonteles de Lima; orientadora Rosita de Nazaré Sidrim Nassarl.-Belém, 2012.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2012.

1. Direito do trabalho. 2. Direitos dos trabalhadores. 3. Direitos fundamentais. I. Nassar, Rosita de Nazaré Sidrim. II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. I

CDD: 342.6

VANESSA DINIZ ALCANTARA FONTELES DE LIMA

DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE
DIREÇÃO DO EMPREGADOR: abrangência e limites

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ da Universidade Federal do Pará – UFPA, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito. Orientadora: Profa. Dra. Rosita de Nazaré Sidrim Nassar.

DATA: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. **Orientadora**

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Profa. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

BELÉM
2012

Dedico este trabalho a minha mãe Gezeuda, pelo amor, incentivo, aconchego, ensinamentos e proteção sem limites, sempre me ajudando a discernir pelos melhores caminhos. Obrigada por tanto apoio! é impossível mensurar em palavras minha gratidão a Deus pela sua vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela minha existência, por ter me dado oportunidade de estar em um lar em que pude valorizar e usufruir dos estudos em minha educação, e por me dar forças em continuar, em especial nos momentos de desânimo e de dúvidas, sem nunca desistir.

Aos meus pais, pela formação que me propiciaram.

Ao meu marido Ronaldo Fonteles, pela compreensão nos períodos de ausência.

A minha orientadora, Profa. Dra. Rosita Nassar, pela atenção com que sempre me distinguiu e apoio nos momentos em que mais precisei.

Ao prof. Dr. José Claudio Brito Filho, pela disposição em contribuir com seus ensinamentos na produção deste trabalho.

A todas as demais pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta dissertação de mestrado.

“Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio, ou em sua correspondência, nem a atentados à sua honra e à sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intromissões ou atentados”

(Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, art. XII)

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal Brasileiro

EPI – Equipamento de Proteção Individual

ONU – Organização das Nações Unidas

OIT – Organização Internacional do Trabalho

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

A pesquisa desenvolve-se no âmbito das relações de emprego, e trata dos limites e da abrangência do direito à intimidade e à vida privada do empregado, e do poder de direção do empregador. Aquele na qualidade de direito fundamental, garantido pela Constituição Brasileira a todos os cidadãos, e este como mecanismo indispensável para o desenvolvimento das atividades de gestão no âmbito de um contrato de trabalho, como por exemplo, contratar, fiscalizar, estipular regulamentos, punir, dentre outros. O primeiro possui fundamento no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988 – CF/88, e o segundo, no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. O assunto é relevante, principalmente pela constatação de limites ao poder de direção do empregador, impostos pelo dever de respeito aos direitos fundamentais do empregado. De outra sorte, este também encontra limitações na existência desses direitos no exercício de sua atividade laboral em razão do caráter subordinativo inerente ao contrato de trabalho. O presente estudo perfaz a análise de princípios e de fundamentos dos direitos em questão, apresentando ao final possíveis diretrizes na composição dos conflitos referentes ao tema proposto.

Palavras chaves: intimidade, trabalhador, poder de direção, relação de emprego, limites.

ABSTRACT

The research developed in the context of the employment relations and deals with the limits and scope of the right to intimacy and privacy of the employee and the employer's power of direction. That as a fundamental right guaranteed by the Brazilian Constitution to all citizens, and this as a mechanism essential for the development of management activities under a contract of employment, such as hiring, supervising, establish regulations, punish, among others. The first features based on the art. 5, X of the Constitution of 1988-CF/1988, and second, in art 2 of the Consolidation of Labor Laws – CLT. The subject is relevant, mainly by finding limits to the employer's direction, imposed by duty to respect the fundamental rights to employee. Another sort, this also has limitations on the existence of such rights in the course of their work activities due to the character of subordination inherent in the employment contract. The present study makes an analysis of principles and fundamentals of the rights in question, with the final guidelines on the composition of possible conflicts concerning the proposed topic.

Keywords: intimacy, worker, power of direction, employment, relationship, limits.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	08
RESUMO	09
ABSTRACT	10
1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO À INTIMIDADE E SUA ACEPÇÃO JURÍDICA	16
2.1 DIREITO À INTIMIDADE: conceito e evolução	16
2.2 DIREITO À INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	22
2.2.1 Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade	22
2.2.2 Origem e evolução histórica dos direitos fundamentais	28
2.2.3 O Direito à intimidade e vida privada na Constituição Federal de 1988	34
2.2.4 Dimensionamento do direito à intimidade: limites	36
3 DIREITO À INTIMIDADE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	41
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DO TRABALHO	41
3.1.1 O trabalho da Antiguidade Clássica à sociedade pós – industrial	41
3.1.2 Aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas	46
3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	50
3.2.1 Breve Histórico	53
3.2.2 O sentido normativo constitucional	59
3.2.3 O princípio protetor como manifestação do princípio da dignidade	62
4 O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	67
4.1 PODER DE DIREÇÃO: conceito e fundamentos	68
4.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES	71
4.3 LIMITES A ATUAÇÃO DO PODER DIRETIVO	80
4.3.1 O <i>jus resistantiae</i>	81
4.3.2 Função social da propriedade	83
4.3.3 Observância dos princípios norteadores e direitos fundamentais	85
5 O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR: ANÁLISES CONCRETAS	89
5.1 REVISTAS	89
5.2 USO DO COMPUTADOR, DA <i>INTERNET</i> E CAIXA DE <i>E-MAIL</i>	97
5.3 APARELHOS AUDIOVISUAIS	108
6 POSSÍVEIS DIRETRIZES ACERCA DA ABRANGÊNCIA E LIMITES DO DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	119
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
REFERÊNCIAS	129

1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem por objeto analisar os limites e a abrangência de determinados direitos e deveres que surgem no âmbito de uma relação de emprego. O contexto desta relação jurídica é estudado pelo Direito do Trabalho e se desenvolve na figura do empregador e empregado, cuja regulamentação base é a CLT.

O empregador é pessoa física ou jurídica que detém o poder de direção em relação ao trabalho exercido pelo empregado, poder este fundado na autonomia privada e no direito de propriedade, em razão deste ser titular dos meios de produção e o único responsável pelos riscos provenientes da atividade econômica. Encontra guarida no art. 2º da CLT. O empregado, por sua vez, é pessoa física que realiza de forma habitual atividade laboral direcionada pelo empregador, recebendo como retribuição o salário. Em virtude deste não possuir autonomia na realização da prestação dos serviços, o trabalho assume a característica de subordinado. É em razão dessa condição que o empregador detém o poder de direção na realização do trabalho feito pelo empregado, que possui fundamento no art. 3º da CLT.

O exame da origem desta relação jurídica desenvolve-se nos séculos XVIII e XIX, com o advento da Revolução Industrial. Desde então, os trabalhadores passaram a exercer seus ofícios nas fábricas, local em que o empresário é o dono dos meios de produção e direciona o trabalho a ser exercido. Sem autonomia, as jornadas de trabalho eram extremamente longas e os salários ínfimos, apresentando-se uma realidade de exploração em massa da classe trabalhadora, seguida de intensa insatisfação social por parte dos empregados que, somada a um conjunto de fatores (lutas sociais, movimentos ideológicos e políticos, dentre outros), insurgiram-se em prol de melhorias, o que acabou culminando na origem do Direito do Trabalho no século XIX. Assim, esse ramo do Direito nasce em virtude da questão social advinda com a Revolução Industrial, cujo objeto foi inserir normas de proteção ao trabalhador visando estabelecer uma igualdade jurídica nesta relação, visto que as partes, na sua essência, são desiguais no contexto econômico-social.

Desde sua origem, o Direito do Trabalho tem procurado estabelecer novas formas de proteção, conforme a evolução das relações sociais. As primeiras leis trabalhistas tiveram por objeto a limitação da jornada de trabalho, a inserção de

normas de proteção à segurança e medicina do trabalho, proibição do trabalho infantil, entre outros. Entretanto, vale destacar que, marcantes mudanças foram sendo concretizadas no decorrer dos tempos, de sorte que alguns historiadores ao tratar sobre a História mundial dividem-na em períodos, utilizando-se dos modos de trabalho e produção para caracterizar cada época. Assim, o ambiente de trabalho atual não é mais o mesmo dos séculos XVIII e XIX.

A partir do século XX, especialmente com o implemento da globalização, os meios de produção avançaram para a área do conhecimento. A inserção em massa de computadores nas empresas, bem como o uso de tecnologias em geral, são mudanças que se fizeram sentir no ambiente de trabalho e propriamente nas relações de emprego, razão pela qual é preciso que o Direito do Trabalho se adeque a esses novos paradigmas. Isso porque, embora convivam e permaneçam em constante embate, cada qual buscando a satisfação de seus interesses, empregado e empregador dependem um do outro. O empregado, do salário e obtenção de produtos para sua sobrevivência; o empregador, de pessoas que precisam consumir.

A problemática em questão é a inserção de uma nova sistemática no exercício do poder patronal, em que o empregador passa a utilizar a ciência e a tecnologia para controlar e gerir a unidade produtiva, permitindo um controle cada vez mais minucioso e eficaz, em geral dentro da propriedade empresarial, mas que pode, até mesmo, estender-se para além desta fronteira, o que pode acarretar, principalmente na inexistência de limitações a esse direito, afronta aos direitos fundamentais do empregado, em especial à intimidade e à vida privada, ambos previstos no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988. O cerne desta dissertação, portanto, é o estudo dos limites e da abrangência do poder de direção do empregador face o direito à intimidade e vida privada do empregado no ambiente de trabalho.

O estudo em foco tem sido objeto de análise jurisprudencial tanto nos Tribunais Regionais do Trabalho como no Tribunal Superior do Trabalho, e as respostas a esses questionamentos não são tão simples em virtude de diversos princípios que norteiam o tema, bem como da falta de previsão legal. Isso porque, como afirmado anteriormente, essa fiscalização pode se mostrar atentatória à vida particular do empregado, principalmente em virtude da constatação de que o cidadão empregado não se despe de seus direitos fundamentais e em especial, dos

direitos da personalidade quando se encontra no âmbito de uma relação de emprego, em que pese o exercício desses direitos também sofrer limitação natural decorrente da celebração do contrato de trabalho.

Vale acrescentar ainda que os direitos à intimidade e à vida privada estão inseridos no rol dos direitos da personalidade, consagrados em sede constitucional associados a dois princípios fundamentais da Carta Magna de 1988: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV da Constituição Federal de 1988 – CF/88). Assim, devem ser analisados como integrantes dos direitos humanos e no plano brasileiro, dos direitos fundamentais.

O desafio proposto é encontrar o ponto de equilíbrio entre esses dois direitos, ou seja, suas limitações e abrangência, em virtude da dificuldade que, em geral se impõe em estabelecer uma linha tênue na consecução dos mesmos. Isso se espraia quando se verifica que tanto na doutrina como na jurisprudência não há entendimento uniformizado sobre a questão em comento nas mais variadas hipóteses, como revistas pessoais, uso da tecnologia no ambiente de trabalho, entre outros.

Assim, a dissertação divide-se em quatro partes. Primeiramente, será feita a análise do direito à intimidade e seus fundamentos de forma geral, contextualizando esse direito no cenário jurídico como direito fundamental incidente tanto nas relações públicas como privadas, para, posteriormente, construir um estudo desse direito e seus fundamentos no âmbito das relações de emprego. Nesse contexto também será abordado um dos princípios fundamentais previsto na Constituição Brasileira, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, abordar-se-á o poder de direção inerente ao empregador e seus fundamentos - autonomia privada e direito de propriedade - para se estabelecer quais são seus limites e abrangência. Esse exame é necessário para que sejam estabelecidos determinados parâmetros jurídicos da prerrogativa do poder de controle patronal no uso de meios que potencialmente podem se caracterizar como ofensivos à intimidade e à vida privada do trabalhador.

Também serão estudados os princípios que norteiam esse direito, estabelecendo as considerações, especialmente doutrinárias, com o uso de técnica jurídica adequada de sorte a estabelecer interpretações a respeito da consecução tanto dos direitos à intimidade e vida privada do trabalhador, quanto do poder de direção inerente à figura do empregador.

Posteriormente, serão elencados alguns direitos de forma exemplificativa para a demonstração concreta da problemática que envolve o objeto deste trabalho. Foram escolhidos: a utilização de revistas e seus contornos (íntimas, pessoais e visuais), a possibilidade do monitoramento do ambiente de trabalho pelo uso do computador, da *internet* e do correio eletrônico, bem como o uso de equipamentos audiovisuais em geral, inclusive envolvendo o procedimento de interceptação, escuta e gravações. Especificamente serão tratados os princípios e a jurisprudência em cada um desses casos, a fim de se concluir pelos procedimentos até então considerados legais ou não à luz dos parâmetros jurídicos trazidos a baila na análise do direito à intimidade do empregado e do poder de direção do empregador.

Por fim, enumeram-se sugestões que objetivam nortear a utilização do poder de controle de forma a não afetar o direito à intimidade do trabalhador, apontando alguns elementos essenciais a serem seguidos na adoção de políticas internas no âmbito das empresas. Tais diretrizes objetivam ser úteis nas relações de emprego em geral, a fim de que se preservem os direitos em tela, em especial os direitos fundamentais, pois do contrário, ter-se-ia a própria vulneração da dignidade da pessoa humana.

2. O DIREITO À INTIMIDADE E SUA ACEPÇÃO JURÍDICA

Para uma abordagem eficaz do direito à intimidade, faz-se necessário primeiramente verificar o contexto em que está inserido juridicamente, para uma análise posterior quanto às limitações e abrangências nas relações de emprego.

Primeiramente se fará a análise conceitual, especialmente porque a doutrina não apresenta consenso a respeito, havendo divergências quanto à existência, natureza e extensão, para depois proceder ao estudo de sua natureza jurídica. Em seguida será feito exame aprofundado do âmbito normativo em que o direito em tela está inserido no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se verificar o núcleo essencial de proteção que norteia esse direito.

2.1. DIREITO À INTIMIDADE: conceito e evolução

O direito à intimidade traduz-se em espécie dos direitos da personalidade, que, por sua vez, são reconhecidos como direitos fundamentais inerentes à pessoa enquanto ser, ou seja, em virtude de sua própria condição como sujeito de direito. Segundo *Carlos Alberto Bittar*, são direitos anteriores ao Estado e intrínsecos à natureza livre do homem (1995, p. 22, 23).

Na ótica jusnaturalista são conceituados como direitos inatos, direitos supremos de homens, próprios de sua natureza (SIMON, 2000, p. 60). Já os positivistas os entendem como aqueles que dão consistência e concretização à pessoa compondo um mínimo necessário de sua estrutura (*ibid*, p. 61). Dentre os jusnaturalistas podem ser citados Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Bittar, Limongi França, dentre tantos outros. Dentre os positivistas tem-se Adriano De Cupis. (GRASSELLI, 2011, p. 41/42).

Apesar da importância científica na distinção, a mesma encontra-se superada em virtude da inserção dos direitos da personalidade nos mais variados ordenamentos jurídicos, circunstância que lhes atribuiu carga positivista, sem que deixassem de ser direitos inatos à pessoa humana. Assim, independente da corrente que se adote, possuem como núcleo essencial a dignidade da pessoa humana e não estão relacionados à condição social ou ao patrimônio dos indivíduos. A doutrina ainda os caracteriza como extrapatrimoniais, indisponíveis, inalienáveis,

vitalícios e imprescritíveis (BITTAR, 1995, p. 11). Fundamentam-se na liberdade individual e são oponíveis *erga omnes*.

Tais direitos surgem como reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram guarida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, precisamente no art. 12; na Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950; na Convenção Panamericana dos Direitos do Homem, de 1959; no Pacto Internacional concernente aos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Resolução n. 2200 de 1966, da Assembléia Geral das Nações Unidas; na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, assinada na Costa Rica, em 1969, mais precisamente no art. 11; na Resolução adotada por ocasião da Conferência sobre Direitos Humanos, realizada em Teerã, em 1972, convocada pela ONU (Organização das Nações Unidas).

A doutrina¹ classifica os direitos da personalidade como direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, as partes do corpo, etc.), direito à integridade intelectual (direito à liberdade do pensamento, autoria artística, invenção, etc.) e direito à integridade moral, incluído neste último o direito à intimidade, à privacidade, à honra e imagem, boa fama, liberdade civil, política e religiosa).

Diante da classificação ora exposta, conclui-se que os direitos à intimidade e à vida privada são direitos da personalidade que compõem a integridade moral do indivíduo, reconhecidos pela ordem jurídica nacional como direitos fundamentais. De suma importância, pois, a conceituação de tais expressões para melhor compreensão do tema em estudo.

O direito à intimidade vem sendo conceituado pela doutrina como o direito de resguardar as pessoas dos sentidos alheios, da vista e do ouvido dos outros (SILVA, 2002, p. 44). O fundamento seria o direito à liberdade de fazer e de não fazer. Para parte dos doutrinadores, a intimidade inclui-se no conceito geral de vida privada. Assim, a privacidade envolveria tanto os fatos da vida íntima como outras situações em que não haja interesse social no seu conhecimento, ou seja, seria um modo de vida em que se agrega um conjunto de informações excluídas do conhecimento alheio, enquanto a intimidade comportaria uma esfera ainda mais restrita do indivíduo, com repositório de segredos e particularidades em que a mínima publicidade poderá constranger. (BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 60).

¹ BARROS, 2009, p. 25; BITTAR, 1995, p. 11.

Leda Maria Messias da Silva, em artigo sobre a abrangência e as limitações do monitoramento pelo empregador do uso da internet pelo empregado, assim define intimidade e vida privada:

“o direito à intimidade abrange fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua família desconhece, como preferências sexuais, hábitos, vícios, dentre outros, enquanto o que diz respeito à vida privada já abrange suas relações familiares e com terceiros, como interferir em empréstimo feito junto aos seus familiares ou obter informações sobre o saldo bancário do empregado”. (SILVA, 2006, p. 68).

Alice Monteiro de Barros apud Pontes de Miranda, ao informar a importância de se recorrer à doutrina civilista para examinar o conceito em tela em face da omissão do Direito do Trabalho sobre o assunto, argumenta que a terminologia “direito à intimidade” é a mais utilizada tanto no Brasil como na maioria dos países latinos, considerada como tipificação dos “direitos da personalidade”. (BARROS, 2009, p. 34). Define posteriormente o direito à intimidade como “*o direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos*” (BARROS, 2009, p. 35).

Para alguns doutrinadores, entretanto, não há diferença entre os termos intimidade e vida privada (CRETELLA JUNIOR, 1990, p. 25). De certo, em português, privacidade e intimidade não encontram distinção, sendo tratados como sinônimos (Dicionário escolar da língua portuguesa, 2008, p. 738).

Acertada a corrente que distingue os referidos termos, considerando tanto a vida privada quanto a intimidade direitos da personalidade, mas atribuindo a primeira uma dimensão maior, pois consideraria aspectos pessoais privados da vida do indivíduo não expostos ao público, mas que podem, se assim quiser o interessado, ser compartilhados com pessoas mais próximas, ou seja, dizem respeito às relações pessoais e ao modo de viver do indivíduo, a situações que a pessoa tem diante de seu círculo familiar, de amizade, meio social, etc. Esse modo de viver tende a ser preservado com relação àqueles a quem o titular do direito não deseja participar tais particularidades.

A intimidade, por sua vez, seria o direito ao segredo, à não-interferência alheia na sua esfera íntima, como o direito de estar só, de pensar, sentir, desejar. Tratam-se de situações que apenas ao titular do direito é dado conhecer, e apenas

se quiser, participa aos outros. São próprios desta esfera a opção sexual, vícios, traumas, o corpo e suas marcas ou sinais, dentre outros análogos.

A definição do direito à intimidade como “o direito de ser deixado só” (*right to be alone*) obteve sua primeira formulação doutrinária no artigo de *Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis*, intitulado “*The right of privacy*”, publicado na *Harvard Law Review* em 1890. (SIMÓN, 2000, p. 72).

A Constituição Federal de 1988 faz diferença entre os termos vida privada e intimidade considerando ambos invioláveis, (art. 5º, X), mas sem defini-los. De todo o modo, cumpre esclarecer que a vida privada e a intimidade dizem respeito à vida interior do indivíduo e, a vida pública, à vida exterior.

As opiniões doutrinárias divergem a respeito da origem de tais direitos. Alice Monteiro de Barros cita a teoria racionalista de Perez Luño, que defende a origem do direito à intimidade na desagregação do sistema feudal, traduzindo a vontade da classe burguesa de ter acesso às propriedades, o que era privilégio de poucos. Informa, porém, que a ideia de intimidade não estava ausente na Grécia Clássica, ainda que através de vestígios. Isso porque Eurípedes identificara o conflito entre o mundo político e o mundo privado, e, juntamente com Platão, Péricles e Heródoto, defendia-se a ideia do homem interior. Aristóteles, por sua vez, demonstrou a vinculação que existe entre liberdade e intimidade. Com o Cristianismo, a noção de intimidade encontrou forte proteção nas obras de Santo Agostinho, influenciando pensadores modernos como Descartes, Kant e Lutero. A visão jurídica da intimidade surgiu com os romanos, que a disciplinaram no que diz respeito às correspondências, domicílios e liberdades religiosas (Edito de Milão de 313). (BARROS, 2009, p. 27,28).

Entretanto, conforme antes mencionado, o marco inicial do direito à intimidade como atributo da personalidade do indivíduo ocorreu com a publicação em 1890 do artigo de Warren e Brandeis, intitulado “*The right of privacy*”, em revista da Universidade de Harvard². Alice Monteiro de Barros apud Carlos Ruiz Miguel, informa que esses autores conceituaram a intimidade como o “direito de ser deixado só”, no sentido do indivíduo ter a faculdade de comunicação em seus pensamentos e sentimentos. Tais conceitos foram exaltados posteriormente por *Douglas*, magistrado da Corte Suprema dos EUA, quando considera a intimidade pessoal “o

² Harvard Law Review, v. IV, n. 5, 15, XII, 1890, p. 193 e ss.

direito de ser deixado só” como princípio de toda a liberdade. (BARROS, 2009, p. 34).

Em seguida a autora critica a referida conceituação, argumentando que não basta que estejamos sós para ter a intimidade assegurada, devido à possibilidade dela ser violada a distância com o uso indevido de teleobjetiva, de escutas telefônicas e dados informativos sem que haja presença física do infrator. (BARROS, 2009, p. 35). Entendo, porém, que o sentido do termo não seria o isolamento do indivíduo e sim de resguardá-lo de interferências alheias.

A partir de então, (final do século XIX), o direito à intimidade deixa de ser considerado um bem, cuja titulariedade seria de domínio do sujeito (concepção típica do liberalismo) e passa a ser considerado um atributo da personalidade do indivíduo, ou seja, como direito ou bem de personalidade, cujo fundamento seria a liberdade individual, como fora afirmado anteriormente. Nesse contexto, documentos internacionais passaram a incluir o direito à privacidade como direito fundamental, pois sendo atributo da personalidade do indivíduo constitui-se em direito humano a ser preservado, tendo-se como base a proteção da dignidade humana.

O primeiro documento foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, seguidos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do mesmo ano, em que reconheceu o direito a vida privada (art. 12) e da Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950 (art. 8º, I). *Alice Monteiro de Barros* menciona que em maio de 1967 há uma Conferência Nórdica de Juristas que recomenda a adoção de leis e outros meios de proteção do Direito à intimidade. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos assegurou, por sua vez, esse direito, em 1969, precisamente no art.11. (BARROS, 2009, p 30).

Sob a influência de documentos internacionais, vários Estados passaram a inserir o direito à intimidade e vida privada no âmbito de seu direito interno. O Brasil incorporou expressamente tais direitos com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, X), embora anteriormente a ela já houvesse proteção análoga na legislação ordinária (Código Civil de 1916, Lei de Imprensa, dentre outros). As Constituições brasileiras anteriores à de 1988 protegiam manifestações do direito à intimidade e vida privada, como a inviolabilidade do domicílio e das correspondências (CF de 1824, art. 179, VII e XXVII e em 1891 (art. 72 §§11 e 18). A mesma linha foi seguida na CF de 1934 (art.114) e na CF de 1937. A CF de 1946 inovou ao tutelar explicitamente o direito à vida (art. 141). Não houve mudanças na Carta de 1967 e na Emenda de 1969.

Em 1966, a OIT – Organização Internacional do Trabalho edita um Repertório de Recomendações Práticas sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, de caráter não obrigatório, com a finalidade de proporcionar orientação para proteção dos dados. Entre os princípios gerais destacam-se o tratamento dos dados pessoais a serem operacionalizados apenas de modo lícito, (5.1.) a limitar-se exclusivamente a assuntos pertinentes a relação de emprego ou ocupação (5.1, 5.10), devendo esses serem os únicos fatores de avaliação profissional do trabalhador (5.6), além de serem estabelecidos uma série de princípios indicativos à proteção da vida privada e intimidade, como a irrenunciabilidade do direito à vida privada (5.13), a negação da utilização de polígrafos (6.10), provas de personalidade, que apenas poderão ser utilizadas se o empregado puder rechaçá-las, enquanto que os exames genéticos e toxicológicos são proibidos ou limitados conforme a lei nacional (6.11 e 6.13), além do respeito ao segredo médico (6.7), dentre outros. (BARROS, 2009, p. 30/31).

A lei 9799/99 alterou a CLT para inserir a proibição ao empregador e /ou preposto de efetuar revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (art. 373-A). Embora a previsão literal tenha sido inserida especificamente no capítulo que trata sobre a proteção do trabalho da mulher, aplica-se analogicamente essa proteção também aos homens, com fundamento no princípio da igualdade previsto na CF/88, art. 5º, I, que assegura a igualdade em direitos e obrigações para homens e mulheres. Argumenta-se que com relação a esse dispositivo não há fator capaz de estabelecer distinção que justifique a discriminação, como acontece com o direito à maternidade. Assim, homens e mulheres tem seu direito à intimidade no trabalho assegurada contra revistas íntimas, na forma do art. 373 A da CLT.

O Código Civil de 2002 inova ao estabelecer tratamento especial aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21) e insere expressamente o direito à vida privada como direito inviolável (art. 21).

2.2. DIREITO À INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No ordenamento jurídico brasileiro o direito à intimidade foi inserido no art. 5º, X da CF/88 (rol dos direitos e deveres individuais e coletivos), que por sua vez está contido no Título II – dos direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 2012). Na qualidade de direito fundamental, deve ser assegurado a todas as pessoas independente de qualquer condição e possui, como núcleo central, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Há discussões acerca da própria terminologia a ser adotada, pois são várias denominações utilizadas para definir ou caracterizar tanto direitos fundamentais quanto direitos da personalidade. Por isso se faz necessária a delimitação e os contornos de tais direitos para verificar seu alcance e proteção, bem como o próprio dimensionamento do direito à intimidade.

2.2.1. Direitos Humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade

Tendo em vista a frequente utilização das terminologias referidas acima, a seguir será feita uma análise sucinta de cada uma, tendo-se por objetivo o esclarecimento conceitual e a própria contextualização jurídica do direito à intimidade.

A terminologia “direitos fundamentais” consolida-se conforme o estágio da evolução no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo no plano do direito internacional. Entretanto, vale observar que há clara distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, em que pese existir uma estreita conexão entre os termos. Em princípio afirma-se que direitos fundamentais são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Os critérios específicos apontam-se no plano da positivação. Ensina *Ingo Sarlet*:

“o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto,

aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional).” (SARLET, 2010, p. 29)

Segundo *Pérez Luño*, *Direitos Humanos diferem da expressão Direitos Fundamentais, embora haja uma profunda inter relação entre elas. A primeira trata-se de faculdades inerentes à pessoa que devem ser reconhecidas pelo Direito Positivo. Quando produz esse reconhecimento aparecem os Direitos Fundamentais, evocando uma função fundamental na Ordem Jurídica dos Estados de Direito.* (LUÑO, 2004, p. 44).

Pérez Luño enfatiza o carácter da concreção positiva ao afirmar que o termo “direitos humanos” se revelou com contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu carácter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. Os direitos humanos, antes de serem inseridos como elementos positivados de uma determinada comunidade jurídica, integram uma espécie de moral jurídica universal (LUÑO, 2004, p. 44).

José Cláudio Monteiro de Brito Filho, por sua vez, define direitos humanos como *expressão que deve estar associada à igualdade entre os homens e à dignidade do ser humano, que são as bases daquele conjunto mínimo de direitos.* O autor refere-se à importância da concretude dos direitos humanos no sentido de assegurar o bem estar das pessoas, o que conduz à necessidade de haver um conjunto mínimo de direitos que não podem estar associados as idéias negativas de desigualdade e impunidade. E assim complementa: *... Direitos Humanos, então, não é expressão que deva ser associada a idéias negativas como desigualdade e impunidade. Pelo contrário, sua ligação é com os ideais de liberdade e de justiça que devem presidir, sempre, o relacionamento entre os homens.* (BRITO FILHO, 2004, p. 09). O aludido autor, todavia, faz a ressalva da não-utilização da denominação de Direitos Humanos como gênero e a denominação Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos Fundamentais como direitos humanos materializados enquanto norma nos textos constitucionais, passando a adotar direitos fundamentais *como direitos reconhecidos no plano interno dos Estados como necessários à dignidade da pessoa*

humana, o que, se mantém a base estabelecida para a definição, afasta a relação direta e, até certo ponto, hierárquica que era, anteriormente, estabelecida com os Direitos Humanos. (BRITO FILHO, 2010, p. 27).

José Afonso da Silva expressa que a utilização mais adequada seria direitos fundamentais do homem, e assim justifica:

“Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. (DA SILVA, 2008, p. 178).

Apesar da conceituação acima traduzir todos os aspectos que norteiam a expressão “direitos fundamentais”, revelando-se de suma importância para o presente estudo, observe-se que não há uma unidade conceitual.

Quanto à esfera de atuação, todavia, há uma certa uniformidade, pois, como visto, boa parte da doutrina confere à expressão “direitos humanos” uma concepção de direitos essenciais, inerentes à pessoa humana, de caráter supranacional, enquanto direitos fundamentais seriam uma espécie de positivação dos direitos humanos em determinado tempo e lugar, e por isso, variáveis de acordo com a própria evolução dos direitos fundamentais, ou seja, pela necessidade do reconhecimento pelo Direito. Para reforçar esse entendimento, *José Afonso da Silva* afirma que a terminologia “Direitos Humanos” é mais utilizada nas Declarações de Direitos Humanos de caráter internacional (DA SILVA, 2008, p. 176). “Direitos fundamentais” é a expressão mais utilizada no âmbito do Direito interno dos Países.

No âmbito da aderência espacial à terminologia, *Paulo Bonavides* afirma que a expressão direitos humanos é empregada com maior frequência na doutrina anglo-saxônica e latina, ao passo que a expressão direitos fundamentais possui maior adesão na doutrina alemã. (BONAVIDES, 2003, p. 560).

Pode-se concluir que direitos fundamentais seriam a concretização positivada de direitos na esfera constitucional de um Estado, em determinado tempo

e lugar, reconhecidos pela ordem jurídica como direitos invioláveis a serem respeitados pela sociedade e pelo Estado, que possui tanto o dever de abster-se de práticas violadoras da consecução desse direito, quanto de protegê-los positivamente. Entende-se que a condução da atividade Estatal deve estar voltada à aplicabilidade dos direitos fundamentais, por ser essa a interpretação que condiz com um Estado Democrático de Direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade, por sua vez, são direitos ínsitos à pessoa enquanto ser, levando-se em consideração o aspecto físico, intelectual e moral. A personalidade, de *per si*, pode ser definida como suscetibilidade para se adquirir direitos e obrigações, não se identificando com os direitos e obrigações jurídicas; é precondição destes. O Código Civil Brasileiro informa que a pessoa física adquire personalidade a partir do seu nascimento com vida, colocando a salvo, os direitos do nascituro. (art. 2º). Partindo-se desta premissa, somente com a morte, real ou presumida, cessa a personalidade da pessoa natural e, em regra, os direitos inerentes a ela. Por oportuno vale observar a pessoa natural não é a única possuidora de tais direitos, pois estes são extensíveis à pessoa jurídica, no que couber (art. 52 CC; súmula 226 STJ).

No entender de *Carlos Alberto Bittar*, os direitos da personalidade “são aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição”. São “direitos naturais, ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem”. São ínsitos à natureza do homem por ser este um ente dotado de personalidade, daí a denominação “direitos da personalidade”. (BITTAR, 1995, p. 23 e 11/12). Para os positivistas, todavia, não é possível denominar os direitos da personalidade como “direitos inatos”, entendidos no sentido de direitos respeitantes por natureza à pessoa. Assim, devem ser incluídos como direitos da personalidade apenas aqueles reconhecidos pelo Estado, por revestir obrigatoriedade e cogência (GRASSELLI, 2011: p. 42).

Alguns autores acolhem a concepção de que são direitos que visam resguardar a dignidade humana, preservando-as de outros indivíduos³. *Perez Luño*, ao tratar sobre a dignidade humana e os direitos da personalidade, afirma que a dignidade constitui não só a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de

³ Sandra Lia Simon, Orlando Gomes, Alice Monteiro de Barros, dentre outros.

ofensas e humilhações, mas também a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo (LUÑO, 1995, p. 30/31), concepção com a qual concordo, por entender ser a que melhor insere a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos da pessoa humana.

Os direitos da personalidade evoluíram conforme a valorização, consciência da personalidade e de sua tutela. Seu marco inicial pode ser buscado na Idade Média, quando o ser humano, cultuando a espiritualidade por meio de uma busca interior, começa a ter consciência como ser, mas as primeiras leis a respeito consolidaram-se em fins do século XIX, especificamente a partir da Lei Romana de 1895, que estabeleceu regras sobre o direito ao nome. (GRASSELLI, 2011, p. 38).

Os direitos da personalidade foram protegidos pela CF/88 tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias em vários dispositivos, em especial o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, que estão previstos no art. 5º, X.

Quanto à classificação, consoante já explanado no item 1.1. desta dissertação, não há consenso na doutrina, adotando-se o critério que agrupa tais direitos em três aspectos: o físico, o intelectual e o moral. Foram regulamentados nos arts. 11 a 21 do Código Civil.

Partindo-se do pressuposto de um Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que muitos direitos fundamentais são direitos da personalidade, embora nem todos os direitos fundamentais sejam direitos da personalidade, em virtude de alguns deles não serem atinentes à pessoa como ser, como os direitos fundamentais políticos e direitos a prestações. São direitos da personalidade certos direitos de estado, como o de cidadania, direito à vida, à integridade moral (intimidade e vida privada), além das várias manifestações do direito à liberdade. Entretanto, consoante os dizeres de *José Joaquim Gomes Canotilho*, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice versa, face a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, além da concepção de um direito geral da personalidade como “direito de vir a ser”. (CANOTILHO, 2003, p. 396).

Os direitos fundamentais com repercussão no contrato de trabalho se manifestam de duas formas: primeiramente, os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, que somente a estes são reconhecidos e que emergiram com o

constitucionalismo social. No contexto histórico, esses direitos surgiram como reflexo da superação da "concepção tradicional dos direitos fundamentais como meros direitos do homem e do cidadão genéricos e abstratos, erigindo-se antes os direitos dos trabalhadores a direitos com o mesmo título e a mesma dignidade" (ABRANTES, 2005, p. 52).

Ao lado desses direitos fundamentais específicos, os trabalhadores possuem outros direitos fundamentais de caráter geral que são exercidos no âmbito da relação de trabalho. Os direitos fundamentais não especificamente laborais são assegurados a todas as pessoas ou cidadãos, mas que podem ser exercidos pelos sujeitos do contrato a propósito e no âmbito da relação de trabalho. O reconhecimento desses direitos fundamentais inespecíficos no âmbito da relação de trabalho provocou uma nova dogmática do Direito do Trabalho. O novo paradigma caracteriza-se pela "atenção crescente à chamada "*cidadania na empresa*", isto é, aos direitos fundamentais *não especificamente laborais*, aos direitos do *cidadão*, que os exerce, *enquanto trabalhador*, na empresa" (ABRANTES, 2005, p. 60).

Essa nova perspectiva justifica-se na medida em que o trabalhador, ao transpor os portões da empresa, obviamente não se despoja de sua cidadania e assim deve ter assegurado o pleno exercício dos direitos atribuídos genericamente aos cidadãos. Isso porque "*a conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão*". Enfim, os direitos fundamentais inespecíficos são "*direitos do cidadão-trabalhador, ... que os exerce enquanto trabalhador-cidadão*" (*Ibid*, 2005, p. 60/61).

O direito à intimidade situa-se no âmbito jurídico como manifestação dos direitos da personalidade e no sistema atual dos direitos fundamentais como expressão de valor e dignidade humana. Inserindo-se no contexto do contrato de trabalho, traduz espécie de direito fundamental inespecífico, pois não se trata de um direito especificamente trabalhista, mas que sem dúvida permeia a relação de emprego por se relacionar à condição de cidadão, condição esta não renunciada quando se é sujeito de uma relação de emprego.

2.2.2. Origem e evolução histórica dos Direitos Fundamentais

A abordagem histórica dos direitos fundamentais justifica-se no surgimento do Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca três etapas desenvolvidas por *K.Stern*, conhecido mestre de Colônia, da evolução histórica dos direitos fundamentais, que assim se resumem: a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos (SARLET, 2010, p. 37).

O período da “pré-história” dos direitos fundamentais coincide com o mundo antigo, em que por meio da religião e da filosofia legaram-se idéias-chaves que vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, que de modo especial ressaltam valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade (raízes da filosofia clássica, principalmente Greco-romana e no pensamento cristão). (SARLET, 2010, p. 38). Assim, o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais considerados antecedentes dos direitos fundamentais.

É na Inglaterra da Idade Média, no século XIII, que se encontra o principal documento referido pelos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos, conhecido como *Magna Charta Libertatum*, pacto fundado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e bispos e barões ingleses. (LUÑO, 2004, p. 33). Embora tenha servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, conhecidos como direitos de cunho estamental, alijando o restante da população, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Outros acontecimentos que sucederam também foram de suma importância, como a contribuição da Reforma Protestante e das conseqüentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, por

sua vez precondição para as revoluções burguesas do século XVIII, bem como os reflexos já referidos no pensamento filosófico, conduzindo à laicização da doutrina do direito natural e na elaboração teórica do individualismo liberal burguês.

Assim, a partir do século XVI, de irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência da doutrina jusnaturalista, cuja base é desenvolvida na idéia da existência de postulados de cunho suprapositivo e que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação para o seu exercício. (SARLET, 2010, p. 39). De especial relevância o pensamento de São Tomas de Aquino que professava a existência de duas ordens distintas (direito natural e direito positivo) e o pensamento tomista, que assumiu particular relevo no valor fundamental da dignidade da pessoa humana, incorporando-se a partir de então à tradição jusnaturalista, consagrada principalmente nos séculos XVII, em que na idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade ao direito natural encontrou eco na formulação das obras do holandês Hugo Grócio (1583-1645), do alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) e dos ingleses Jonh Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679). (SARLET, 2010, p. 39).

No século XVIII, com a contribuição doutrinária de Jonh Locke (1632-1704), o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível inclusive aos detentores do poder, por sua vez, baseado no contrato social, podendo os cidadãos inclusive valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos e não meros objetos do governo. Entretanto, foi principalmente – apenas para citar os representantes mais influentes – com Rousseau (1712-1778), na França, Tomas Paine (1737-1809) na América e com Kant (1724-1804), na Alemanha, que no âmbito do iluminismo culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do individuo, sendo Paine quem na sua obra popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo “direitos naturais”.

O pensamento kantiano é o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos, em que todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. Inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis as quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do

pensamento político, filosófico e jurídico (SARLET, 2010, p. 40), e que posteriormente, pela sua importância, será aprofundada.

A partir do século XVII cita-se como alguns dos documentos importantes as Declarações de Direito Inglesas, como o *Bill of Rights de 1689*, havendo quem faça menção ao *Establishment Act, de 1701*, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo, dentre outros, cuja enunciação representa liberdades genéricas no plano do direito público, implicando em expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titulariedade à totalidade dos cidadãos ingleses, e, por consequência, em limitações do poder real em favor da liberdade individual. (SARLET, 2010, p. 43).

Entretanto, *Ingo Sarlet*, apesar de reconhecer a importância dessas declarações para a afirmação de direitos, entende que esses documentos não podem ser considerados o marco inicial dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Isso se deve ao fato de que não vinculavam o Parlamento, carecendo portanto, da necessária supremacia e estabilidade, justificando que até então se teria uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais (fundamentalização em sentido formal). (SARLET, 2010, p. 43). Estes direitos advieram de movimentos revolucionários como a independência das colônias inglesas na América do Norte e na Revolução Francesa, que disputam na doutrina a paternidade dos direitos fundamentais.

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789⁴, marcam a transição dos direitos legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, os quais foram adotados pelas declarações americanas, consagrando em 1791 o *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal, com a inserção de direitos na Constituição da França, a qual assegurou diversos direitos aos cidadãos, tais como acesso ao emprego, igualdade em matéria penal, liberdade de ir e vir, de expressão, de reunião, direito de petição, entre outros. Nesse sentido, vale acrescentar que as mencionadas declarações possuem em comum a inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano

⁴ Segundo BONAVIDES (2003, pag. 516), a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana como valores universais se manifestou por ensejo da célebre Declaração Francesa (Declaração dos Direitos do Homem de 1789).

direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não apenas de uma ou outra casta. Posteriormente, a Constituição Americana de 1791 inseriu diversos direitos ao cidadão, e mais adiante, com a promulgação de uma nova Constituição na França, em 1793, pode-se afirmar a existência de direitos fundamentais dos indivíduos.

Certo é que, depois dos movimentos ocorridos na Inglaterra, Estados Unidos e França, vários outros países passaram a consagrar os direitos fundamentais dos indivíduos. Vale acrescentar que o conteúdo desses direitos reflete as idéias liberais, consistindo em direitos do cidadão contra o Estado, de caráter individualista, culminando com a afirmação do Estado de Direito na sua concepção liberal-burguesa, determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que concretiza a *primeira geração de direitos humanos*, representados pelos direitos civis e políticos, caracterizando-se como direitos de defesa, dirigidos a uma abstenção e por isso denominados de “direitos negativos” por parte dos poderes públicos, sendo direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Tal configuração modifica-se a partir do século XIX com a industrialização e graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a liberdade e a igualdade formal não geravam a garantia do seu efetivo gozo. A nota distintiva é a sua dimensão positiva, atribuindo-se ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, tratando-se de liberdade por intermédio do Estado. Caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Foram contempladas isoladamente nas Constituições francesas de 1793 e 1848, Francesas de 1793 e 1848, Constituição Brasileira de 1824 e Alemã de 1849.⁵ (SARLET, 2010, p. 47).

Contudo, é no século XX, precisamente nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais são consagrados em número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Os direitos em tela também englobam as “liberdades sociais”, como reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, como direito às férias, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, dentre outros, abrangendo assim

⁵ Há de se ressaltar que em sede constitucional a expressão “direitos fundamentais” possui sua origem na Constituição Alemã de 1849.

mais do que direitos de cunho prestacional, reportando-se à pessoa individual, denominados pela doutrina como *direitos humanos de segunda geração*. O primeiro destes instrumentos foi a Constituição do México de 1917 e, em seguida, a Constituição de Weimar, 1919, sendo nesta de fato, em que foi verdadeiramente consagrada a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social. (BARROS, 2010, p. 69).

Constata-se ainda no século XX uma nova fase, marcada pela universalidade por meio da positivação – na seara do Direito Internacional – de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos. Em 10 de dezembro de 1948 sobreveio a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que até os dias atuais é o documento mais mencionado acerca dos direitos fundamentais. Já em seu preâmbulo consagra que suas bases estão calcadas no *reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*. A partir da Declaração Universal da ONU, verifica-se a gradativa e intensa aproximação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, mediante a construção do que vem sendo denominado de um direito constitucional internacional. Assim, procura-se positivizar os *direitos humanos de terceira geração*, fundados na titulariedade de um indivíduo que antes de fazer parte de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.

Tais direitos caracterizam-se por desprenderem-se da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, ou seja, direitos de titulariedade difusa ou coletiva. São denominados como direitos de fraternidade ou solidariedade, referindo-se ao direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação. São gerados em virtude do impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, ao processo de descolonização do segundo pós guerra, dentre outros. Segundo *Ingo Wolfgang Sarlet*, as problemáticas ora referidas fazem com que assumam especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida. (SARLET, 2010, p. 49)

Observe-se que as discussões acerca dos direitos fundamentais evoluem na medida em que avançam as novas tecnologias, havendo um grande aumento das circunstâncias e agentes que potencialmente podem afrontar os direitos e liberdades públicas dos indivíduos. Há na doutrina menção a *direitos humanos de quarta*

geração, com referências às garantias contra manipulações genéticas, direito de morrer com dignidade, mudança de sexo, caracterizando-se como facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, estando vinculados à idéia da liberdade-autonomia e da proteção da vida bem como de outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares, assim como *direitos humanos de quinta geração*, classificados como os direitos advindos das tecnologias de informação (Internet, do ciberespaço e da realidade virtual em geral, refletindo uma mudança de paradigma da sociedade industrial (toyotismo) para a sociedade virtual (Gatismo), face a progressiva evolução da tecnologia de informação em decorrência da globalização. (SARLET, 2010, p. 50/51).

Por fim, vale acrescentar que os direitos aqui apresentados possuem um conteúdo dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, não havendo a intenção de configurá-los como direitos alternados na utilização do termo “gerações”, constituindo-se em categoria aberta e mutável. De certo, há autores como Paulo Bonavides, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, que por conta da problemática do sentido literal da terminologia “geração” preferem usar a expressão “dimensão”, que subtrai a idéia de superação de uma geração por outra.⁶

Após esse sucinto relato sobre o desenvolvimento dos direitos em questão, pode-se afirmar que o direito à intimidade está situado entre os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, aqueles direitos do indivíduo frente ao Estado. Inicialmente os direitos inseridos nesta categoria foram direitos à vida, à liberdade, à propriedade. Posteriormente foram complementados por um leque de liberdades, como a liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de intimidade e vida privada, etc. Denota-se como já afirmado, que são direitos civis e políticos.

⁶ Cf. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiro, 2003. José Claudio Monteiro de Brito Filho, Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno, 2010. Ingo Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 2010.

2.2.3. Direito à intimidade e vida privada na Constituição Federal de 1988

O Direito à intimidade e vida privada estão consagrados no art. 5º, incisos X, da CF/1988, como direitos invioláveis, a saber:

“Art. 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:

X- 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. (BRASIL, 2012).

O artigo transcrito está inserido no título II “Dos Direitos e garantias fundamentais”, especificamente no capítulo I “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Sem dúvida a Lei Maior de 1988 conferiu especial atenção aos direitos e garantias fundamentais, em especial aos direitos e deveres individuais, que foram inseridos como cláusulas pétreas (art. 60 §4º, VI da CF/88). Não significa, contudo, a idéia de sistema fechado e separado do restante do texto constitucional, até porque, há outros dispositivos também considerados direitos fundamentais, como os direitos sociais (art. 6º a 11º), arts. 205 e 225, além do §2º do art. 5º da Carta Maior consagrar a possibilidade do reconhecimento da fundamentabilidade de “outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, além dos “tratados internacionais em que o Brasil figure como parte”, observando-se o regramento do §3º desse mesmo artigo.

Esses direitos emanam do princípio geral que protege a dignidade da pessoa humana, considerado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF/88).

A norma constitucional justifica a atenção ao preceito de não-violação à intimidade e vida privada, por mencionar expressamente a implicação em dano material e/ou moral à pessoa, e utilizou como fundamento o disposto no art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que prescreve: *“Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio, ou em sua correspondência, nem a atentados à sua honra e à sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intromissões ou atentados”*.

A utilização desse fundamento no Direito Estrangeiro é fruto da inserção dos direitos humanos nos textos constitucionais como direitos fundamentais, e a Constituição Brasileira é um dos exemplos dessa consagração.

Por fim, finaliza-se a contextualização do direito à intimidade e vida privada como direitos da personalidade, reconhecidos como direitos fundamentais na CF/88, e coadunando-se com a caracterização trazida por *Carlos Alberto Bittar*, considerados direitos inatos (originários), extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes* (1995, 5 -11).

Direitos inatos por serem adquiridos com o simples nascimento com vida; assim sendo, independem da vontade humana ou do ordenamento jurídico para sua existência, não necessitando de qualquer condição ou requisito para seu exercício.⁷ São extrapatrimoniais, por não terem fundo econômico ou pecuniário, sendo de difícil valoração para efeito de reparação; intransmissíveis, por serem personalíssimos, no sentido de pertencerem à pessoa humana e somente a ela. Sendo assim, não estão sujeitos à transferência, nem mesmo após a morte, seja a título gratuito ou oneroso, salvo na hipótese do parágrafo único do art. 12 do Código Civil, em que são oponíveis pelo morto, e só terão legitimidade para tanto, o cônjuge, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau (VÁLIO, 2006, p. 24). Dizem respeito à “natureza orgânica” entre sujeito e objeto, não podendo ser concebido de forma separada do sujeito. (CUPIS, 2004, p. 54/55).

São imprescritíveis, por serem direitos que podem ser exercidos a qualquer tempo; há quem entenda que a condição de inatos os torna imprescritíveis, por inexistir o elemento vontade na formação do direito (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 20). Esclareça-se, porém, que essa garantia não se confunde com as ações judiciais decorrentes da infração desse direito, as quais possuem prazos judiciais fixados em lei e estes devem ser respeitados. O que não prescreve é o direito de fruição. São impenhoráveis, no sentido de não estarem sujeitos à penhora, ou seja, não podem ser conferidos como garantia de crédito para a execução de qualquer direito. Todavia, quando passam a ter repercussão financeira, o que ocorre quando esses direitos manifestam-se com valor econômico por meio de contratos de cessão de

⁷ Vale acrescentar que Adriano de Cupis, expoente da visão positivista, entende que os direitos da personalidade não podem ser considerados inatos por serem essenciais à pessoa humana, assim, estariam vinculados ao ordenamento jurídico positivado (CUPIS, 2004, p. 23-28).

uso, por exemplo, estes sim, podem ser objeto de penhora, como é o caso de direitos autorais ou à imagem (*Ibid*, 2010, p. 21).

São vitalícios por acompanharem o indivíduo até a morte, independente de qualquer condição, ou seja, não há a possibilidade da perda do direito ao longo da vida do indivíduo; são absolutos, por implicarem em dever de abstenção para sua defesa e salvaguarda, ou seja, são oponíveis *erga omnes*, no sentido de que podem ser opostos contra todos, o que gera para toda a coletividade o dever geral de não intromissão no direito alheio. Importante destacar que essa oponibilidade abrange inclusive o nascituro, haja vista que, o art. 2º do Código Civil assim os consagra, desde a concepção.

2.2.4 Dimensionamento do direito à intimidade: limites

Por tudo o que foi exposto, não restam dúvidas que os direitos fundamentais são necessários para garantir ao indivíduo o mínimo para o seu pleno desenvolvimento, harmonizando-se com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Entretanto, se os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes, há a possibilidade de acumulação de mais de um direito, e em alguns casos, a ocorrência de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, o que não pode acarretar, por sua vez, o sacrifício definitivo de um em prol do outro.

Isso porque, parte-se do pressuposto que a Constituição deve ser analisada como um todo, não havendo a possibilidade de colisão de direitos fundamentais, visto que as normas não podem ser interpretadas de forma isolada, muito menos uma em detrimento da outra. *Gilmar Mendes*, ao tratar do princípio em estudo, assim afirma:

“(...) a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e do todo são interdependentes” (MENDES, 2000, p. 280).

Em razão desse pressuposto, uma das questões debatidas na doutrina acerca dos direitos fundamentais versa sobre a imposição de limites a essa categoria

de direitos. Tal limitação, no dizer de *Uadi Lammego Bulos*, justifica-se em razão do próprio interesse da coletividade e da própria convivência harmônica das liberdades (BULOS, 2007, p. 406), pois não há como dispor de um direito absoluto de sorte a considerar que nenhum direito fundamental possa sofrer restrição, em virtude da necessidade de articulação com os direitos dos demais cidadãos, respeitando-os.

Pressupor que os direitos fundamentais são absolutos seria defendê-los em qualquer hipótese, o que não procede, em razão do postulado de que ninguém pode utilizar seus direitos fundamentais para acobertar atos ilícitos, por exemplo. A possibilidade da limitação de direitos existe exatamente para que se impeça o exercício abusivo pelo seu titular. Trata-se de uma característica primordial para que ocorra justiça nas relações sociais, mormente naquelas que se verificam sob subordinação, como é o caso das relações trabalhistas. Nesse sentido vale mencionar alguns fundamentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu art. 2º, aduz:

“no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei, com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Nos mesmos termos a sentença n. 002/1982, de 29 de janeiro, do Tribunal Constitucional da Espanha, que menciona:

*“com efeito, não existem direitos ilimitados. Todo direito tem suas limitações (...), em relação aos direitos fundamentais, estabelece a Constituição por si mesma em algumas ocasiões, enquanto que em outras o limite deriva de uma maneira mediata ou indireta de tal norma, enquanto há de se justificar pela necessidade de proteger ou preservar não só outros direitos constitucionais, senão também outros bens constitucionalmente protegidos.”*⁸

Algumas limitações são expressas no próprio texto constitucional (art. 5º, XI), e outras, na lei infraconstitucional, como é o caso do art. 5º, XII, que garante o sigilo das comunicações telefônicas, mas excepciona ao permitir a possibilidade de

⁸ ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentença n. 002, de 29 de janeiro de 1982. Boletín Oficial del Estado, n. 49, publicado em 26 de fevereiro de 1982. Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.es>. Acesso em 19 de junho de 2011. Traduzida por AMARAL, 2007, p. 24/25.

interceptação na forma da lei para “*fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

Em outros dispositivos, por sua vez, não há limitação expressa, como é o caso da inviolabilidade à intimidade e vida privada (art. 5º, X). Nesses casos, deve o aplicador do Direito utilizar-se de determinados princípios e/ou regras para estabelecer possíveis restrições a alguns direitos, sem que haja supressão dos mesmos, por existir um núcleo intangível de direitos fundamentais que deve ser preservado como âmbito de proteção, conhecido pela doutrina como limite dos limites dos direitos fundamentais, o qual objetiva proteger os direitos em tela contra uma ação legislativa desarrazoada.

Gilmar Ferreira Mendes assevera que, apesar de a ordem constitucional brasileira não ter disciplinado expressamente a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico pátrio implicitamente o reconheceu em virtude do disposto no art. 60 §4º, inciso IV da Carta Magna de 88, que prescreve a vedação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Segundo o autor, esse dispositivo reforça a idéia de um limite do limite também para o legislador ordinário, e portanto, não haveriam dúvidas de que a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais decorreria do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte, pois a não admissão de um limite ao ato de legislar tornaria inócua qualquer proteção fundamental (MENDES, 2012, p. 61).

Considerando-se que o núcleo essencial é elemento integrante dos direitos fundamentais a ser preservado, o referido autor ressalta a importância de se aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Ibid*, 2012, p. 64), desenvolvidos por meio de uma técnica de sopesamento ou ponderação de interesses.

Essa técnica encontra fundamento em um regime conhecido pela doutrina como cedência recíproca, assente na doutrina alemã e seguida no Brasil. Possui a singularidade de equilibrar entendimentos acerca dos sentidos e cargas axiológicas, determinando-se graus de dimensões valorativas para a resolução de colisões entre princípios. (ALEXY, 2011, p. 116-118). Assim, cada limitação deve ser justificada diante da necessidade de se proteger, preservar direitos ou outros bens igualmente protegidos pela Constituição por meio de uma espécie de ponderação de bens. Tal análise, que deve ser feita em cada caso concreto, visa efetivar o máximo de aplicação com o mínimo de prejuízo dos direitos em choque, ou seja, a prática da

ponderação não nega a validade do princípio preterido, apenas o qualifica em determinado caso com um peso menor e que por isso, terá sua aplicação afastada, não impedindo a sua preferência pelo jurista em outra lide, por exemplo. No dizer de Alexy, “... o objetivo do sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. (ALEXY, 2011, p. 95). Levando-se em consideração o alcance dos efeitos da ponderação, vale salientar os dizeres do autor supra citado:

“Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais.” (2011, 588).

Assim, o princípio da proporcionalidade é desdobrado em três sub-critérios ou sub-princípios constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 267/268). O primeiro é conhecido como princípio da adequação ou conformidade, que examina a viabilidade ou idoneidade técnica de um meio para alcançar a finalidade pretendida. Ou seja, deve ser examinado o meio pelo qual foi afetado o direito fundamental, e se este é útil, apto à promoção do resultado pretendido. O segundo é identificado como princípio da exigibilidade ou necessidade, que significa que o meio não será necessário se o objetivo puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa (MENDES, 2012, p. 75), proibindo-se a adoção de meio gravoso, e utilizando-se o que menos restringe os direitos fundamentais afetados.

No terceiro, denominado de princípio da proporcionalidade em sentido estrito, será realizada uma análise da relação custo-benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio eleito e a afetação desvantajosa a direitos fundamentais dele decorrentes. (GRASSELLI, 2011, p. 70).

Luiz Roberto Barroso comenta, ao defender a existência de sub-princípios, que a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos (BARROSO, 2004, p. 229), o que significa que o princípio em tela exige

uma comparação entre as vantagens de adotar uma restrição de direitos fundamentais e as desvantagens que dela decorrem, ou, seja, de sopesar os interesses presentes, compreendendo-se que a tutela de um bem jurídico deve ter uma justificativa constitucional que a legitime.

Nesse sentido *Coutinho Filho* afirma: “... essa ponderação será ainda aplicada à luz de um “sistema de valores” que consagre a Lei Fundamental e as opções que esse sistema incorpora”. (COUTILHO FILHO, In: ALMEIDA, 2010, p. 56) bem como que “como princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade são entendidos, mais profundamente, como metanormas, aplicáveis a todos os ramos jurídicos”. (*Ibid*: 2010, p.53). Para Alexy, a lei da ponderação surge como reflexo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, caracterizando-se como um núcleo essencial para a ocorrência da otimização diante dos conflitos entre princípios (2011, 593/594).

E por fim, entende-se que o princípio da proporcionalidade funcionaria como limite que conduz à atividade de sopesamento dos intérpretes do direito como instrumento de vedação de excessos e parâmetro a ser utilizado quando existentes na relação em concreto dois ou mais princípios constitucionais conflitantes. É importante também esclarecer que tal mecanismo não tem o condão de preterir direitos, mas sim buscar uma decisão que preserve a unidade e a harmonia das normas constitucionais, a fim de que seja proferida a solução mais adequada.

3. DIREITO À INTIMIDADE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

3.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DO TRABALHO

A proposta deste item é demonstrar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de emprego. Sabe-se que, originalmente, os direitos fundamentais foram concebidos com o objetivo de limitar a ação do Estado frente ao cidadão. Entretanto, a doutrina passou a estudar também a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, debate que surgiu nos anos 1950 e 1960 na Alemanha e também nos Estados Unidos, sob a doutrina do *state action*. (MENDES, 2012, p. 122).

Nas relações de trabalho, os direitos fundamentais possuem especial relevância, tanto pela condição de hipossuficiência do trabalhador quanto pela dinâmica presente no ambiente de trabalho, qual seja, estar em constante mutação pelas circunstâncias sociais, econômicas e políticas, além de frequentes evoluções tecnológicas que modificam as formas de produção e afetam essas relações. Tanto é assim que, atualmente, discute-se a flexibilização e a desregulamentação do Direito do Trabalho com o objetivo de adaptá-lo às novas realidades.

Entretanto, é certo que as modificações na legislação precisam estar norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, sejam eles específicos ou inespecíficos, positivados nos ordenamentos internos dos Estados. Sem dúvida, tratam-se de direitos que limitam o exercício do poder de direção do empregador e, por isso, necessário se faz estudo aprofundado do tema em foco.

3.1.1 O trabalho da Antiguidade Clássica à sociedade pós - industrial

Na Antiguidade Clássica, a principal forma de trabalho era a escravidão. O escravo possuía a natureza de objeto de direito, portanto, considerado como coisa, sendo impossível falar-se em Direito do Trabalho nessa época. (BARROS, 2010, p. 54). O trabalho braçal, servil, era indigno de homens nobres. Platão e Aristóteles acreditavam que tinha um sentido pejorativo; envolvia apenas a força física. Não havia nessa época o conceito de trabalho como forma de realização pessoal.

Paralelamente, sobretudo entre os romanos, haviam os artesãos, que exerciam uma espécie de trabalho autônomo cujas associações eram chamadas de colégios romanos. A atividade tinha finalidade religiosa e de socorro mútuo. Entretanto, com o aumento da população e a complexidade das relações sociais, surgiram outros tipos de trabalhadores (homens livres de baixo poder aquisitivo), os quais arrendavam determinados serviços. Essa forma de labor ficou conhecida como *locatio conductio*, e se subdividia em três espécies: *rei* (locação de coisas) *operis* (antecedente da empreitada – obras) e *operarum* (antecedente do contrato de trabalho). (BARROS, 2010, p. 56/57).

Na Idade Média, o regime social e econômico predominante era a servidão. Os servos não eram escravos, mas na prática não eram livres, pois toda a produção deveria ser entregue ao Senhor Feudal em troca de proteção. No entanto, não era considerado como coisa, já que possuía prerrogativas civis como constituir família. (MORAES FILHO, 1991, p. 146). Com o aumento da população no âmbito rural e o aumento do comércio nos centros urbanos foi visto um processo lento de afastamento do homem da terra.

Houve o surgimento das corporações de ofício (séc. XIII e XIV), que consistiam em organizações de grupos de trabalhadores especializados em determinados trabalhos. Tinham por objetivo controlar o mercado, impedir a concorrência e dar privilégios aos mestres das corporações. Os integrantes se dividiam em: mestres, companheiros (grau intermediário, já recebiam salário por seu trabalho) e aprendizes. (MORAES FILHO, 1991, p. 148/149). A liberdade e os benefícios eram todos em prol da corporação em si, ou seja, não se pensava em direitos dos trabalhadores. Eram conferidos poderes quase absolutos aos Mestres. A organização possuía estatutos e rigorosa organização interna.

Dois fatos incrementaram a transição do regime do artesanato urbano para o do capitalismo mercantil: o aumento geral da produção e o rápido desenvolvimento do ramo da produção constituída pela distribuição das mercadorias. À medida que se ia estendendo a área do mercado, tornava-se cada vez mais difícil ao pequeno produtor colocar, por si mesmo, a sua mercadoria, fazendo com que aumentasse o poder da classe intermediária, a dos comerciantes (MORAES FILHO, 1991, p. 149).

Nos séculos XVII e XVIII acentuou-se a decomposição do regime precedente. Em 1776, proclamou-se o *Edito de Turgot*, extinguindo-se as corporações, embora algumas ainda se mantivessem, dada a pressão por certos

mestres. Finalmente, a Lei *Le Chapelier*, de 1791, extinguiu-as definitivamente. (BARROS, 2010, p. 61). O triunfo da Revolução Francesa exaltou a liberdade individual consagrada no preâmbulo da Constituição de 1791, e a partir de então, os trabalhadores ficam livres para as contratações ou locações de serviços, não se admitindo a intervenção do Estado. Bastavam, para isso, dois artigos do Código Civil de 1804 sobre a matéria: um, proibindo a locação por toda a vida (1780); outro, dando veracidade à palavra do patrão em caso de dúvidas salariais, de montante ou de efetivo pagamento (1781). (MORAES FILHO, 1991, p. 153). Com a Revolução Francesa o trabalho deixou de ser uma relação de subordinação pessoal para tornar-se uma vinculação contratual.

Conforme dito anteriormente, do regime artesanal urbano foi-se ao capitalismo mercantil devido ao aumento em geral da produção e o rápido desenvolvimento do ramo da produção constituída pela distribuição das mercadorias. Como o pequeno produtor não poderia estar em todos os lugares, aos poucos foi aumentando o poder do comerciante. A operação final da produção tornou-se um processo econômico autônomo. Com o tempo, o produtor passou a ser assalariado do comerciante, aparecendo na História a produção capitalista em domicílio (segunda fase do capitalismo mercantil). A indústria em domicílio constitui a ponte natural entre a pequena produção artesanal e o capitalismo industrial. (Séc. XVI até o final do séc. XVIII). (MORAES FILHO, 1991, p. 151).

A forma de produção nas fábricas caracterizou-se, primeiramente, pelo emprego em grande escala das máquinas movidas a vapor e, posteriormente, por inovações de métodos de produção têxtil. Assim fez-se possível a Revolução Industrial, iniciada no final do séc. XVIII e prolongando-se até o final do séc. XIX. As relações de trabalho que consistiam na operacionalização das máquinas eram consolidadas com base no liberalismo econômico.

A forma de produção exercida nas fábricas, em que o trabalhador assalariado era o agente central no processo de transformação da natureza (regime fordista)⁹ contrapondo-se com a apropriação privada dos meios de produção e o necessário assalariamento do trabalho no processo de produção da sociedade capitalista – traduz o surgimento do trabalho subordinado, que, por sua vez, não

⁹ Principais características do regime fordista: trabalho dividido, trabalho repetido, trabalho em cadeia, trabalho contínuo.

restou condizente com a visão liberal¹⁰ advinda dos ideais da Revolução Francesa e que permeou a legislação civil da época. O resultado foi um contexto de exploração da classe trabalhadora seguido de tensões sociais, o que não poderia ser diferente, pois, a visão liberal que possui como núcleo a liberdade contratual nas relações jurídicas pressupõe a autonomia da vontade, o que não ocorre no trabalho subordinado, que concentra o poder de direção relacionado ao trabalho a ser exercido na figura do empregador, detentor dos meios de produção. (BARROS, 2010, p. 63/64).

Assim, percebeu-se a necessária intervenção Estatal por meio de normas imperativas de proteção ao trabalhador,¹¹ que se concretizam como a origem do Direito do Trabalho. Nesse contexto é relevante destacar que o surgimento se dá em um ambiente de reconhecimento social dos anseios de grupos até então oprimidos e, nessa trilha, revelou-os em seu conteúdo valorativo interno, pressupondo uma situação de desigualdade que, valendo-se da igualdade no plano material, tende-se a corrigir com outras desigualdades. Assim é que o Direito do Trabalho surge tendo como princípio base o da proteção, a fim de estabelecer uma igualdade jurídica entre as partes, já que na sua essência são desiguais no aspecto econômico-social.

As primeiras leis trabalhistas se caracterizaram por assegurar proteções de cunho individual na relação de emprego, envolvendo aspectos salariais, diminuição da jornada de trabalho e regulamentação do trabalho das mulheres e dos menores, enfim, direitos voltados para a melhoria das condições de trabalho frente ao Direito de propriedade do empregador. Entretanto, tal posicionamento é alterado no século XX com o reconhecimento dos Direitos Sociais nas Constituições. Após a 1ª guerra Mundial surge um movimento chamado de Constitucionalismo social que representa

¹⁰ A visão liberal partia do pressuposto da separação entre Estado e sociedade civil, prevalecendo à autonomia da vontade no âmbito da liberdade contratual (direitos humanos de primeira geração)

¹¹ Alice Monteiro de Barros caracteriza a evolução histórica do Direito do Trabalho em quatro períodos: *Formação* (1802 a 1848), em que houveram as primeiras leis trabalhistas: Lei de Peel, (*moral and health act*, 1802), como limitação da jornada em 12 horas, normas relativas à educação e higiene. Em 1813, na França, proibiu-se o trabalho de menores nas minas; em 1824, na Inglaterra, a coalisão deixa de constituir crime; em 1839, na Alemanha, teve início a edição de normas sobre o trabalho da mulher e do menor. Em seguida apresenta-se um período denominado de *Intensificação* (1848 a 1890), em que os acontecimentos mais importantes foram o Manifesto Comunista de Marx e a implantação da primeira forma de seguro social na Alemanha, em 1883; O terceiro período é denominado de *Consolidação* (1890 a 1919), caracterizado pela publicação da encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII preconizando justos salários. Realização em Berlim, em 1890, de importante conferência a respeito do Direito do Trabalho; e por fim o período de *Autonomia* (1919 aos dias atuais), em que houve a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1919, pelo Tratado de Versalhes. Nesse período também iniciava-se a constitucionalização do Direito do Trabalho. (BARROS 2010, p. 28).

a inclusão nas Constituições de preceitos relativos à defesa social, com normas de interesse social, dando *status* de direito fundamental. As primeiras Constituições que inseriram normas trabalhistas por conta desse movimento de constitucionalização do Direito do Trabalho foi a Constituição do México, 1917, e em seguida a Constituição de Weimar, 1919. Nesse período também é importante destacar a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho, com o fim de realizar estudos e elaborar convenções e recomendações destinadas a universalizar a justiça social. (BARROS, 2010, p. 67-69).

A ascensão econômico-social de direitos sociais nas Constituições representa uma mudança sócio-cultural, havida pela necessidade de conferir dignidade além da sobrevivência física, ou seja, insere-se uma concepção social, em que se incluem os bens da vida econômica, o emprego, a renda.

Com o advento do fenômeno da universalização dos direitos humanos em tratados internacionais e conseqüentemente do *status* de direitos fundamentais nos textos constitucionais de vários Estados, toma corpo o valor do trabalhador como cidadão na estrutura do contrato de trabalho. Passam-se a discutir temas centrais como vida, liberdade e trabalho, oriundos de protestos de trabalhadores que, a partir de então, começam a participar ativamente desse debate de extrema importância para o Direito do Trabalho.

A partir dessa nova concepção, supera-se a busca pela simples melhoria das condições de trabalho e passa-se a uma perspectiva mais ampla, como satisfação no trabalho ou qualidade de vida. Acentua-se a vinculação entre pessoa humana e seus direitos, o trabalho e o meio ambiente de trabalho sadio. Tais questões eram sem sentido ao trabalhador do século XIX e início do século XX.

Entretanto, mudanças de cunho político e econômico que surgiram a partir da década de 70, como a crise econômica desencadeada pelo alto preço do petróleo, inovações tecnológicas, modificações na organização da produção, a necessária competitividade com os países orientais e de combater o desemprego, desencadearam a discussão sobre a flexibilização do emprego, que nasce de uma reivindicação empresarial, pois muitos sustentavam que a predominância de normas imperativas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise nas empresas (BARROS, 2010, p. 85).

Esse fenômeno repercutiu nas leis trabalhistas desse período, como a inserção do regime estabilitário em conjunto com o FGTS – Fundo de Garantia por

Tempo de Serviço, em 1967, com a lei 5.107, o regime de trabalho em tempo parcial (art. 58-A da CLT), a suspensão do contrato a que se refere o art. 476-A do mesmo diploma, a prevalência das negociações coletivas, dentre outros. A década de 90, por sua vez, reflete uma política neoliberal, com o abandono do conceito do Estado do Bem-Estar social. (*Ibid*: 2010, p. 86/87). Nesse sentido, ao explicar as transformações no mundo das relações de trabalho, *Amauri Mascaro* ensina:

“Diante desse quadro, o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na idéia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente através do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento”. (2006, 43).

Como visto, no contexto atual, fruto de uma sociedade globalizada, pairam novos paradigmas. Assim, o Direito do Trabalho deve se adequar a essas novas realidades, ajustando-as aos seus fundamentos às normas constitucionais. Em virtude da Constituição Brasileira possuir como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, o empregado deve ser visto como trabalhador cidadão titular de direitos fundamentais, que se espraiam nas relações de emprego.

3.1.2. Aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas

O estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho revela a importância do constitucionalismo social e em seguida da internacionalização dos direitos dos trabalhadores nos textos constitucionais como direitos fundamentais. Isso porque, dentro de uma concepção liberal anterior a esse contexto, os direitos fundamentais eram vistos como direitos subjetivos de defesa do cidadão perante o Estado, e consistiam em limitações impostas à atuação deste. A sociedade e o Estado eram considerados dois mundos estanques, havendo perfeita separação nos campos do direito constitucional dos demais ramos infraconstitucionais, que operavam em consonância com a ótica do prestígio da lei em detrimento da Constituição (COSTA, 2010, p. 61).

Entretanto, a posição do Estado como único destinatário de direitos fundamentais mostra-se ultrapassada com o surgimento do modelo social e da universalização dos direitos humanos ocorrida no pós-guerra. A Constituição alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, são exemplos de consagração dos direitos humanos como direitos fundamentais. (ALMEIDA, 2010, p. 145).

Esses direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (direitos de cidadania), de segunda geração (direitos econômicos, sociais, trabalhistas), de terceira geração (direitos de solidariedade e fraternidade) são formulados constitucionalmente com força normativa, a serem aplicados diretamente, vinculando as entidades públicas e privadas, conforme previsto pelos arts. 18, I da Constituição da República Portuguesa e art. 5º, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, o princípio constitucional imperante é o da supremacia da norma constitucional (SARLET, 2010 p. 251), o que significa a prevalência, pela superioridade jurídica, do texto maior sobre os demais atos normativos estatais e infraconstitucionais, que devem ser interpretados conforme a Constituição, sendo tal prática chamada de leitura conforme a Constituição, com previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio especificamente no parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/1999.¹² No tocante aos direitos fundamentais, tal carga normativa mostra-se inquestionável por força do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º da CF/88, que confere às normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata.

Com efeito, hoje o inquestionável elemento normativo da Constituição, apta a ordenar diretamente e conformar a realidade política e social, com a capacidade de irradiar efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, transformou assuntos tratados anteriormente apenas pelas disciplinas clássicas, por exemplo, Direito Civil ou do Trabalho, em matéria de índole constitucional (COSTA, 2010, p. 60). Assim é que, ao se elevar ao plano constitucional princípios de direito privado, tem-se como resultado a admissão de uma intervenção constitucional no âmbito privado.¹³

¹² Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF – Supremo Tribunal Federal.

¹³ Grande parte da Doutrina estrangeira aduz a esse entendimento, não sendo uniforme, todavia, quanto ao grau de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que propugnou na

Na dogmática dos direitos fundamentais, as teorizações sobre o tema passam a reconhecer-lhe uma dimensão objetiva, vale dizer, os direitos fundamentais não mais se limitariam à função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas em decisões valorativas *de natureza jurídico-objetiva* da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, a fornecerem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos, exigindo-se deles uma ação positiva (SARLET, 2010, p. 167). Além disso, as Constituições, ao consagrarem direitos fundamentais, assumem um *sistema de valores*, cujo fundamento último é a *dignidade humana*. (ABRANTES, 2005, p. 15). A principal consequência do reconhecimento dessa dimensão objetiva é a eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Segundo Daniel Sarmento, tal eficácia irradiante enseja a releitura das disposições normativas com “*novas lentes, que terão as cores da dignidade, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no texto constitucional*”. (SARMENTO, 2004, p. 124). E tendo em vista a importância do estudo dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial nas relações trabalhistas, oportuno apresentar a doutrina de *Canotilho* sobre as quatro funções desses direitos. (CANOTILHO, 2003, p. 407-410).

A primeira função seria de defesa ou liberdade. Trata-se de defesa da pessoa humana e de sua dignidade contra os poderes do Estado, em uma dupla perspectiva: 1) constituem um plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo ingerências destes na esfera jurídica individual. 2) num plano jurídico-subjetivo, poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). A

existência de duas teorias. A da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*drittwirkung*) mediata ou indireta, e a imediata ou direta. A primeira, defendida com afincamento pelo Direito Alemão, (COSTA, 2010, p. 70), apregoa a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas não de forma direta, ou seja, os princípios constitucionais atuam como auxiliares na interpretação de preceitos de direito privado ou na supressão de lacunas. A segunda defende a idéia da eficácia imediata, sob o argumento de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos contra entidades privadas, ou seja, “direitos subjetivos privados para os indivíduos”, (ALEXY, 2008, p. 530), afetando de forma imediata as relações civis e trabalhistas entre privados. No âmbito da doutrina nacional, mostra-se uma tendência acolhedora da chamada teoria da eficácia imediata ou direta de direitos fundamentais (Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, Luiz Edson Fachin e Carlos Roberto de Siqueira Castro). (COSTA, 2010, p. 80-82). Para melhor aprofundamento do assunto em tela, vide SARLET, Ingo. *A eficácia de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

segunda função é a de prestação social, ou seja, direito do particular de obter algo através do Estado. (saúde, educação, segurança social).

A terceira é a proteção perante terceiros, considerando neste aspecto o dever do Estado de proteger o direito à vida diante de eventuais agressões de outros indivíduos, como inviolabilidade do domicílio, proteção de dados de informática, direito à intimidade, direito à associação, etc. Assim, diferente do que ocorre com a função prestacional, esse direito resulta em um dever do Estado na adoção de medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais frente à atividades lesivas praticadas por terceiros, como a concretização de normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas a observância de direitos fundamentais (aplicação de direitos fundamentais nas relações jurídico privadas).

A quarta função é a não discriminação, reconhecida como função primária e básica dos direitos fundamentais no sentido de que o Estado trate seus cidadãos como iguais, abrangendo todos os direitos. (CANOTILHO, 2002, p. 408).

Assim, revela-se a importância da constitucionalização dos direitos sociais para a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, não apenas dos direitos fundamentais específicos, mas também dos direitos fundamentais inespecíficos, pois não se deve olvidar que, além de trabalhadores essas pessoas são cidadãos e, portanto, detentoras de direitos fundamentais. (ROMITA, 2009, p. 211). Tratam-se dos direitos da personalidade impregnados pela relação laboral, tais como a proteção da intimidade e vida privada, liberdade de expressão, honra, proteção contra a discriminação, entre outros.

O efeito dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas é um tema chave no Direito do Trabalho, pois determina o grau de penetração das liberdades públicas no seio das unidades produtivas. O argumento central para a aplicação de direitos fundamentais nas relações de emprego é a sujeição do trabalhador a um poder privado, (ABRANTES, 2005, p. 14), o que requer a proteção dos direitos fundamentais inespecíficos. Conclui-se assim que, o trabalhador, ao aderir ao contrato de trabalho, não renuncia à sua condição de cidadão; ao contrário, permanece ele como titular de todos os direitos que a Constituição lhe reconhece como tal.¹⁴

¹⁴ Na Carta Magna de 1988, a Cidadania foi inserida ao lado da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, consoante prevê o art. 1º da Constituição Federal.

3.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado pelas constituições modernas o núcleo central dos direitos fundamentais. Seguindo essa linha, o ordenamento jurídico pátrio o insere como fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro, e em especial dos direitos e garantias do cidadão.

O princípio em tela confere valor fundamental para países que se organizam conforme um Estado Democrático de Direito, pois consagra a idéia de que o homem, tão somente pela sua condição humana, é titular de direitos, devendo estes serem reconhecidos pelos seus semelhantes e pelo Estado. A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado de Direito, e em conseqüência, impregna a totalidade da ordem jurídica, pois espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário. (ROMITA, 2009, p. 276).

Assim, não é possível falar em sistema jurídico legítimo que não se fundamente na garantia do respeito à dignidade humana, que *Ingo Sarlet*, a propósito, concebeu a seguinte definição:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2011, p.73).

Verifica-se que a base da definição de *Sarlet* está associada ao reconhecimento de cada indivíduo como merecedor de igual consideração e respeito, seja pelo Estado, seja pela comunidade, e ao que parece, a intenção do autor foi agregar valores como fundamentos para uma plêiade de direitos garantidos constitucionalmente, tendo como objetivo principal garantias mínimas para uma “vida saudável”.

Nesse contexto, *Gregório Peces Barba Martinez* afirma que “a dignidade humana deve ser o alicerce de valores e direitos básicos que sustentam a

democracia.” (MARTINEZ , 2003, p. 67). Na ordem jurídica estatal e internacional o princípio em tela tem se apresentado como princípio fundamental (PEDUZZI, 2009, p. 17). Nessa qualidade, importante destacar o estudo da eficácia jurídica dos princípios, a fim de se atribuir a melhor interpretação e aplicabilidade da dignidade humana.

Paulo Bonavides ensina que a normatividade dos princípios percorreu três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós positivista. Na primeira os princípios estavam fora do direito, atribuindo-se a estes apenas uma visão ético-valorativa inspiradora. Na segunda os princípios ingressam nas leis como fonte subsidiária, com a função de garantir a inteireza e coesão do sistema. Na terceira possuem um papel fundamental não apenas como direito, mas como “*pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*”. (BONAVIDES, 2003, p. 230 e ss).

A teoria geral do direito consolidou o entendimento, hoje generalizadamente aceito, de que as normas jurídicas – e assim também as normas constitucionais – podem ser classificadas quanto à sua estrutura na categoria de princípios e regras (BARCELLOS, 2002, p. 43), o que significa concluir que, assim como as regras, os princípios são normas dotadas de imperatividade, prevalecendo a visão pós positivista¹⁵ de Canotilho, Robert Alexy e Ronald Dworkin, na doutrina estrangeira.¹⁶ Dentre os autores brasileiros essa é a opinião de Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso, Eros Grau, dentre outros.¹⁷

Na visão pós-positivista tenciona-se inserir princípios como modalidades de normas, funcionando como verdadeiros modelos impositivos (deônticos), e principalmente, vetores conformadores da ordem infraconstitucional (COSTA, 2010, p. 25). Assim, regras e princípios seriam espécies do gênero norma jurídica.

¹⁵ Não é intenção deste trabalho abordar com aprofundamento a construção do pensamento pós-positivista em contraposição ao positivismo. Basta destacar que esta corrente doutrinária vem enfrentando demasiadas críticas no tocante a criação da ciência pura do direito (KELSEN: 2006, p. 1), excluindo-se qualquer sorte de considerações axiológicas na interpretação/aplicação de textos legais, além de reduzir o direito a um conjunto composto exclusivamente de normas-regras, excluindo-se a força normativa dos princípios.

¹⁶ Vale a nota no sentido de que Robert Alexy contrapõe-se em diversos pontos da construção doutrinária de Ronald Dworkin, porém, no tocante à chamada distinção qualitativa entre regras e princípios, acompanha a posição deste (COSTA, 2010, p. 29).

¹⁷ Cf. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245 e ss. Luís Roberto Barroso. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145 e ss. Eros Roberto Grau, A ordem econômica na Constituição de 1988, *apud* Ana Paula Barcellos, A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

Dworkin estabelece distinção entre regras e princípios, com o objetivo de desenvolver a tese de que os princípios são partes integrantes do sistema jurídico, argumentando que estes devem ser utilizados pelos juízes visando a melhor solução para o caso concreto. Estabelece uma formulação teórica que corresponde a uma crítica ao positivismo jurídico, afirmando que as regras possuem uma dimensão de validade, sendo que os princípios possuem uma dimensão de peso. Assim, as regras estariam numa posição excludente, versada pela expressão “tudo ou nada”, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão. . (DWORKIN, 2010, p. 35 e ss).

Alexy, por sua vez, ensina que os princípios são mandados de otimização, e acrescenta a existência de graus de aplicação de aplicação dos mesmos, verificando-se as possibilidades fáticas e jurídicas. Pela importância, transcreve-se:

“princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (...). (2011:90).

Com relação às regras, o referido autor promove o enquadramento das mesmas como normas que são sempre cumpridas ou não cumpridas, devendo-se fazer aquilo que ela exige, nem de mais, nem de menos, fixadas no espaço do fático e juridicamente possível, caracterizados, portanto, como mandados definitivos. (Ibid: 2010, p. 91).

Ao estabelecer alguns critérios de distinção entre princípios e regras, *Ana Paula Barcellos* atribuiu aos princípios a função no ordenamento, de explicar e justificar as regras, de sorte que, assim como os axiomas e leis científicas, sintetizam uma grande quantidade de informação do ordenamento jurídico conferindo-lhe unidade e ordenação (BARCELLOS, 2002, p. 48/49). Assim sendo, conclui-se que a ofensa ao princípio não implica em desatenção apenas a um específico mandamento obrigatório, como as regras, mas a todo o sistema de comandos.

Percebe-se, nesse contexto, que a dignidade da pessoa humana deixou de ser uma mera manifestação conceitual do direito natural para se converter em um

princípio autônomo com força normativa, intimamente conectado à realização e concretização dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que impõe limites à atuação estatal e particular visando a mais ampla proteção do ser humano, já que implica a noção de que as pessoas tenham uma vida digna. Trata-se de um princípio que mesmo não estando expresso em todos os ordenamentos latino-americanos passou a ser mundialmente conhecido como um direito humano e portanto, inafastável de qualquer relação jurídica, econômica, social e política.

À luz dos preceitos trazidos pelos doutrinadores ora citados, fica claro que menoscabar a dignidade da pessoa humana, seja na atividade legislativa ou judiciária, viola-se o princípio estruturante de Estado Democrático de Direito, do qual a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental.

A luz dessas conceituações iniciais, necessárias para o entendimento introdutório do tema em estudo, cumpre esclarecer que não há definição precisa a respeito da dignidade humana, cuja noção é construída ao longo da História, em que se observa a evolução do pensamento reflexivo do homem acerca de sua própria essência e condição existencial. Assim, faz-se necessário adentrar em breve histórico para melhor compreendê-la.

3.2.1. Breve Histórico

De início, a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes no pensamento clássico e no ideário cristão (SARLET, 2011, p. 34). Na filosofia antiga, o limiar da preocupação com a natureza do homem talvez se encontre entre os sofistas¹⁸. Foi com esses filósofos que se iniciou o deslocamento do eixo reflexivo do pensamento físico (cosmos) para o pensamento humanista antigo (homem como indivíduo e como membro de uma sociedade).

Nesta época, Protágoras¹⁹ afirmou que o homem era a medida de todas as coisas ("*homo mensura*") e Antifonte²⁰ defendeu a igualdade dos indivíduos

¹⁸ Os sofistas eram professores viajantes que, por determinado preço, vendiam ensinamentos práticos de filosofia. Levando em consideração os interesses dos alunos, davam aulas de eloquência e sagacidade mental, ou seja, tinham fácil oratória e eram astuciosos. Ensinavam conhecimentos úteis para o sucesso dos negócios públicos e privados. (<www.wikipedia.org.br/sofistas>. Acesso em 15.02.2012).

independentemente de sua origem. Do mesmo modo, no pensamento estóico de Cícero, verificado nas clássicas tragédias gregas, já estava patente que o ser humano possuía uma qualidade que o distinguia das demais criaturas e que, além disso, esse atributo distintivo era uma característica de todos os seres humanos mesmo diante de eventuais diferenças sociais, culturais ou individuais. (SARLET, 2011, p. 35). Santo Agostinho também buscou distinguir os seres humanos das coisas e dos animais. Anos antes, Platão e Aristóteles também se dedicaram a um objetivo semelhante, elevando o ser humano a um patamar de superioridade frente às demais criaturas.

Na Idade Média, São Tomas de Aquino sustentou a divindade da chamada "*dignitas humana*", na qual apregoa que a concepção de dignidade assenta na circunstância do homem ser criado a imagem e semelhança de Deus e na sua capacidade de autodeterminação. (PEDUZZI, 2009, p. 20). A origem religiosa do princípio é uma constatação que adquire um elemento racional.

A concepção medieval sobre pessoa iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo o ser humano, não obstante às diferenças individuais, grupais, biológicas e culturais. Segundo *Fábio Comparato*, é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos, resultante de sua própria natureza, não sendo meras criações políticas. (COMPARATO, 2010, p. 32).

No Renascimento, período em que se conclamou o homem como um ser ativo e responsável pela transformação da sua própria realidade, surgiu o pensamento de *Picco Della Mirandola*, humanista italiano que defendia o homem como um ente dotado da prerrogativa necessária para construir e planejar sua própria existência de maneira livre e independente, sem a ingerência abusiva de outros indivíduos. Assim, ao justificar a idéia da grandeza e superioridade face a outros seres, afirmou que sendo criatura de Deus, ao homem foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio arbítrio, soberano e artífice, dotado

¹⁹ Abdera, 480 a.C. - Sicília, 410 a.C. foi um filósofo da Grécia Antiga, responsável por cunhar a frase: "*O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são.*". (<www.wikipedia.org.br>. Acesso em 15.02.2012).

20 Séc. IV a. C. é considerado um dos sofistas menores ou da segunda geração. Em relação a este sofista, como em relação a outros autores sofistas, hesita-se entre aquilo que era a sua doutrina ou mero exercício dialéctico. (<www.wikipedia.org.br>. Acesso em 15.02.2012).

da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja (SARLET, 2011, p. 37).

Da mesma maneira, foi muito importante a contribuição de Francisco de Vitoria que, ainda no século XVI e contra o colonialismo espanhol, defendeu a liberdade e o respeito aos povos indígenas, com base no pensamento estoíco e cristão²¹, e com base na tese de que esses povos da América – da mesma maneira que todos os outros povos – já eram dotados de um direito original em razão de sua natureza humana. (SARLET, 2011, p. 38).

Inauguradas as vertentes do pensamento moderno, a reflexão acerca da liberdade do indivíduo foi lapidada pela filosofia que moveu a Independência Americana e a Revolução Francesa, e que se manifestou por meio do *Movimento Iluminista* do século XVIII, denominado século das luzes, que se desenvolveu a idéia do homem com luz própria, visto como razão, superioridade sobre os outros animais, ou seja, ser racional. Nesse sentido, *Peces Barba Martinez* refere, por sua vez, que “*a dignidade humana, no transito à modernidade, começa a adquirir seu perfil moderno e a abandonar progressivamente a das dignidades dependentes derivadas ou heterônomas que se constata na Idade Média*” (2004, 26). Entre outros, nesta época destacaram-se Descartes, Locke, Voltaire, Turgot, Condorcet, Rousseau e Montesquieu. Existia, então, a concepção de que a sociedade ideal deveria ser organizada visando à felicidade humana e essa sociedade ideal só poderia nascer do respeito aos direitos naturais do homem.

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade da pessoa humana assim como a idéia do direito natural passou por um processo de racionalização e laicização, que acompanhado de um processo de difusão de idéias resultou no constitucionalismo. Os direitos fundamentais, portanto, foram produto das revoluções burguesas do final do século XVIII e integraram as constituições modernas como forma de proteção jurídica da liberdade e da propriedade. (SARLET, 2011, p. 38).

Durante o processo ora mencionado, destacam-se Samuel Pufendorf, para quem o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, e Immanuel

²¹ O conceito de homem racional, como fim em si mesmo, surge com o cristianismo e foi desenvolvido pelos escolásticos. Segundo ensinamentos de *Ingo Sarlet*, tanto no Antigo quanto no Novo Testamento pode-se encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu por consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em objeto ou instrumento. (SARLET, 2011, p. 30).

Kant, cuja concepção produz a dignidade como parte da autonomia ética do ser humano, no sentido de não poder ser tratado como objeto. Essa inegociabilidade implica em uma exata igualdade de dignidade para todos os seres humanos, mesmo que exista uma diferenciação social por prestígio social ou posição (BIELEFELDT, 2005).

A filosofia kantiana concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão, e em função dessa condição de ser racional comum a todos os seres humanos, é que o homem poderia ser chamado de pessoa – logo, *pessoa humana*.

Kant constrói a premissa de que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas em seres racionais, que possuem por sua vez um fim em si mesmo e por essa razão não podem simplesmente serem utilizados como meios para o uso arbitrário desta ou aquela vontade. A autonomia da vontade, para Kant, constitui-se no fundamento da dignidade da natureza humana em virtude de sua vontade racional, o que significa que somente a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita, manifestando-se a autonomia da vontade como espécie de razão, denominada razão prática. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo o homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. (COMPARATO, 2010, p. 33,34).

O tratamento da dignidade com a racionalidade moral pode se verificar na sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, em que as suas concepções levam a sustentar ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana. Pela importância, transcreve-se:

“No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

(...)

Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que tem dignidade. (KANT, 2005, p. 77/78).

Como visto, por meio da lógica e da filosofia, Kant atribuiu condição de valor ao atributo da dignidade humana. Para o filósofo, a pessoa humana seria dotada de

um valor intrínseco, um valor próprio da sua essência. Esse valor intrínseco seria superior a qualquer preço e, por isso, não poderia ser valorado ou substituído por coisa equivalente, do que decorre que esse valor intrínseco seria um valor absoluto, uma qualidade absoluta, ou – finalmente – uma *dignidade* absoluta. Tal dignidade absoluta seria a qualidade essencial daquele ser racional, a pessoa humana, por isso *dignidade da pessoa humana*, objeto de respeito e proteção.

A concepção kantiana contribui para este trabalho, em virtude da idéia de dignidade como atributo exclusivo de qualquer pessoa compreendida, como conceito inclusivo, no sentido de aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção, além de repudiar toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano, além da condenação de práticas que importem em falsas promessas, no engano aos direitos ou a atentados contra bens alheios. Pela vontade racional, o ser humano se submete às leis e deve ser a fonte destas, ou como diz Kant, *“tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus”* (KANT, 2005, p. 53).

A partir do século XIX, outros filósofos como Hegel e Marx, por exemplo, desenvolveram parâmetros para construir uma idéia sobre a dignidade humana desvinculada de fundamentação religiosa ou metafísica, que aqui não se tem o condão de aprofundar; mas o fato é que a dignidade da pessoa humana continua a ocupar lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, e que até hoje boa parte da doutrina – nacional e estrangeira - utiliza a base do pensamento kantiano como o mais aclamado expoente, e que possui como elemento nuclear a autonomia e o direito à autodeterminação de pessoa (de cada pessoa).

Nesse sentido, importante acrescentar que a idéia do tratamento da pessoa como um fim em si mesma, implicando no dever negativo de não prejudicar ninguém e no dever positivo de favorecer a felicidade alheia, constitui a melhor justificativa do reconhecimento, juntamente dos direitos e liberdades individuais, dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico-social, tal como enunciado nos artigos XVIII a XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (COMPARATO, 2010, p. 36/37).

Aos poucos o princípio da dignidade humana vai se desvinculando dos fundamentos de caráter religioso e jusnaturalista, e passa a ser um conceito que se constrói juntamente com o próprio constitucionalismo, substituindo o direito natural e passando a ser legislado. Nesse sentido, a concepção de dignidade da pessoa humana que veio prevalecer nos ordenamentos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito foi de que o ser humano é destinatário dos direitos decorrentes da adoção deste princípio. (PEDUZZI, 2009, p. 23).

Na atualidade, pauta a tendência nos ordenamentos do reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação, reforçada depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se na adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Italiana de 1947 pareceu propender a esse respeito quando, no caput do art. 3º, inserido no espaço reservado aos Princípios Fundamentais afirmou que *“todos os cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”*. A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, insere em seu art. 1.1.: *“a dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”*. O preceito inspira-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU, em 1948. Nessa linha, a Constituição da República Portuguesa, de 1976, acentua em seu art. 1º, inerente aos princípios fundamentais, que: *“Portugal é uma República soberana baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”*. Da mesma forma a Constituição da Espanha, expressa: *“A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”*

Assim, o princípio em foco foi adotado por diversos ordenamentos jurídicos de países democráticos, ressaltando-se ainda que, com a derrocada do comunismo no leste europeu, as recentes constituições dos países que outrora se filiaram a essa forma de governo totalitária, também passaram a cultuar, entre as suas diretrizes, a dignidade do ser humano. A título de exemplo, menciona-se: Constituição da República da Croácia, de 22 de dezembro de 1990 (art. 25); Preâmbulo da Constituição da Bulgária, de 12 de julho de 1991; Constituição da Romênia, de 08 de dezembro de 1991 (art. 1º); Lei Constitucional da República da Letônia, de 10 de dezembro de 1991 (art. 1º); Constituição da República Eslovena,

de 23 de dezembro de 1991 (art. 21); Constituição da República da Estônia, de 28 de junho de 1992 (art. 10º); Constituição da República da Lituânia, de 25 de outubro de 1992 (art. 21); Constituição da República Eslovaca, de 1º de setembro de 1992 (art. 12); Preâmbulo da Constituição da República Tcheca, de 16 de dezembro de 1992; e Constituição da Federação da Rússia, de 12 de dezembro de 1993 (art. 21). (VÁLIO, 2006, p.37).

No Brasil, a mais evoluída das constituições foi a de 1988, que trouxe expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional na qualidade de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), além de diversos direitos e garantias individuais (art. 5º e ss).

3.2.2. O sentido normativo constitucional

Como já exposto, os princípios, assim como as regras, são espécies de normas jurídicas e produzem efeitos nas relações humanas, dotadas de imperatividade. Essa diferenciação traz repercussões importantes quanto a eficácia jurídica dessas duas espécies normativas, conduzindo-se aos princípios força normativa, nos moldes da visão pós-positivista, vinculando toda a ordem jurídica.

Nesse sentido, vale destacar que a Constituição de 1988, baseando-se no constitucionalismo português e espanhol, consagrou um espaço especial ao Princípio da dignidade da pessoa humana, colocando-o entre os princípios fundamentais em seu artigo 1º, inciso III, do Título I. Nessa qualidade, todas as relações do homem em sociedade devem ser norteadas de acordo com o princípio da dignidade, uma vez que os princípios fundamentais estabelecidos nas Constituições embasam e integram a Ordem Constitucional, inclusive das normas de direitos e garantias fundamentais, que integram o que a melhor doutrina denomina de “núcleo essencial da Constituição”, e conduzem a própria figura e o papel do Estado, que deve ser compreendida como Ente que existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano é fim do Direito, à luz dos ensinamentos de Kant.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana é extremamente importante por orientar todo o arcabouço constitucional e infraconstitucional, constituindo-se tanto como preceito unificador dos direitos e garantias fundamentais corporificados em nossa Carta Magna, quanto em legitimador dos direitos

fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte. *Ingo Sarlet*, ao conceituar o princípio em tela, assim ensina:

“ A qualificação da dignidade humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III da nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental para a comunidade” (SARLET, 2011, p. 73).

O referido autor, ao analisar a base conceitual, acrescenta uma importante característica: “[...]o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais”. (SARLET, 2011, p. 47).

O Estado, nesse sentido, deve primar pela concretização deste princípio, implantado-o tanto em prestações negativas, consistentes na proibição de conferir tratamento diferente dos preceitos fundamentais introduzidos na Constituição Federal e que possuem como preceito basilar a dignidade da pessoa humana,²² como em prestações positivas, no sentido do Estado ter a obrigação de efetivar e assegurar direitos mínimos para a vivência digna do homem em sociedade, dos quais insere-se o direito ao trabalho, além do direito à saúde, a previdência social, ao lazer, a moradia, dentre outros cristalizados no art. 6º da CF/88.

Os direitos sociais, em especial, constituem um conjunto de direitos necessários para a integração do ser humano na vida em sociedade, representados por preceitos de conteúdo econômico-social que visam melhorar as condições de vida e de igualdade. Exigem do Estado prestações positivas, o que significa na prática, que todo o mecanismo de consecução de políticas públicas, por exemplo, deve ser abarcado pelo princípio da dignidade, assim como os outros princípios constitucionais, como a igualdade, a proporcionalidade, a razoabilidade. O principal objetivo dos direitos sociais é assegurar um mínimo de dignidade ao ser humano.

²² A liberdade e o reconhecimento das garantias de direitos à liberdade (bem como dos direitos fundamentais em geral) constituem uma das principais exigências da dignidade da pessoa humana, senão a principal, uma vez que sua base principiológica contempla a autodeterminação da conduta humana.

Pela análise até então realizada, observe-se que o referido princípio pressupõe o reconhecimento de direitos fundamentais, de outra sorte, não haveria espaço para a dignidade da pessoa humana onde tais direitos não fossem assegurados, pois a análise do homem-objeto constitui na antítese da noção de dignidade da pessoa. *Gregório Peces Barba Martinez* reforça que, ainda que a dignidade preexistia ao direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima (MARTINEZ, 2003, p.29).

Ao firmar uma concepção universal dos Direitos Humanos, *José Claudio Monteiro de Brito Filho* considera a dignidade da pessoa humana como fundamento dos Direitos Humanos, e enfatiza esse critério ao rechaçar a idéia expendida por Bobbio da impossibilidade de se ter um fundamento absoluto para os Direitos Humanos. Para o referido autor *é possível dizer que Direitos Humanos só é expressão vaga quando não se tem uma base para sua identificação. A dignidade é essa base e, no momento em que ela é identificada, é possível, com clareza, identificar o conteúdo dos Direitos Humanos.* (BRITO FILHO, 2010, p. 34).

Em seguida, indica a razão pela opção da dignidade, ao reproduzir o pensamento de Fábio Konder Comparato, *para quem o valor do direito decorre daquele que o criou, o homem. Para o autor, então, o fundamento não pode ser outro que não o próprio homem, “considerado em sua dignidade substancial de pessoa”. Nesse sentido, é o fato de ser o homem dotado de dignidade, ou como diz Comparato, “um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo” que impõe para si um número mínimo de direitos. Natural então, que a dignidade seja considerada o fundamento base* (COMPARATO, *apud* BRITO FILHO 2010, p.35).

Assim, a dignidade deve ser entendida como princípio que fundamenta as condições para a realização dos direitos fundamentais, e a razão dessa essência é o ser humano. *A dignidade, dessa feita, deve ser considerada como atributo do ser humano, algo que dele faz parte e, portanto, o faz merecedor de um mínimo de direitos* (BRITO FILHO, 2010, p. 37).

Ingo Sarlet enfatiza a existência de uma dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais (SARLET, 2011, p. 75), podendo ser definida como *“norma jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional”* (*Ibid*, 2011, p. 79),

constituindo-se fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma definidora de direitos, garantias e deveres fundamentais.

O posicionamento do autor acima citado conduz a assertiva de que os direitos fundamentais possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana, princípio que possui caráter jurídico-normativo e reconhecimento de plena eficácia na ordem constitucional, o que nos resta concluir que os direitos fundamentais transparecem uma dupla função: defensiva e prestacional (negativa e positiva), e devem corresponder em maior ou menor grau em concretizações desse princípio, sem contar também no exposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos que reconhece a dignidade como bem inerente a todos os membros familiares, com seu fundamento na justiça, liberdade e principalmente, na paz mundial.

3.2.3. O Princípio Protetor como manifestação do Princípio da Dignidade

De todos os princípios específicos do direito laboral, o princípio protetor é o mais relevante e também o mais geral, tido como a causa e fim do Direito do Trabalho. Essa afirmação é sintetizada pela seguinte afirmação de Plá Rodriguez: *“O fundamento deste princípio está ligado a própria razão de ser do Direito do Trabalho”* (RODRIGUEZ, 2000, p. 30).

Por meio deste princípio se evidencia que o Direito do Trabalho deve guiar-se por normas de proteção ao trabalhador com o objetivo de se alcançar uma igualdade substancial nas relações de emprego. A necessidade dessa proteção jurídica decorre da condição de hipossuficiência do empregado, em virtude da característica de trabalho subordinado e inferioridade econômico-social presente na grande maioria das relações de emprego. Pressupõe-se uma relação de desigualdade e, por isso, para que se alcance a igualdade entre as partes o tratamento deve ser desigual.

Nestes termos é que se visa compensar uma realidade econômica, social e hierárquica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica favorável a este. O ramo do direito em tela, portanto, corresponde ao propósito de nivelar desigualdades (RODRIGUEZ, 2000, p. 85), diferenciando-se do direito comum, por este apresentar uma relação de paridade entre as partes, o que justifica um tratamento igualitário na legislação, à luz do princípio da igualdade.

À primeira vista poderia parecer contraditório que o Direito do Trabalho, reconhecendo a existência da desigualdade entre as partes da relação de trabalho, garanta conjuntamente o princípio da igualdade, porém, é plenamente cabível, considerando que a igualdade respeita não só a forma como também o conteúdo da lei, obrigando o legislador a tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, alcançando-se a igualdade material. O ordenamento jurídico contempla a observância do princípio da igualdade e, embora não seja regra exclusiva do Direito do Trabalho, constitui um dos seus princípios fundamentais. Assim, a CF/88 prevê:

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

IV- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”

*“Art. 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:”*

“Art. 7º. (...)

XXX – Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. (BRASIL, 2012).

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, prevê no mesmo sentido: *“Art. 5º. **A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo**”.* (BRASIL:2012). Diante disso, o Estado se propõe, por meio de um conjunto de normas de ordem pública que protegem o trabalhador, a estabelecer patamares máximos de exploração e mínimos de dignidade aos trabalhadores (VÁLIO, 2006, p. 59) nas relações de emprego, que se exteriorizam pelo princípio da proteção, consubstanciado em três regras ou três sub-princípios de aplicação: da norma mais favorável, *in dúbio pro operário* e condição mais benéfica (RODRIGUEZ, 2000, p.107).

O sub-princípio *“da norma mais favorável”* traduz-se em uma regra de aplicação nas relações trabalhistas, segundo a qual, na existência de mais de uma norma a ser aplicável na relação em concreto, deve-se optar por aquela mais favorável, ainda que não corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas, salvo no caso de leis proibitivas do Estado. Segundo *Amauri Mascaro*: “...O

vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor". (2006, p. 306).

Para o referido autor, o principal fundamento legal desse sub-princípio está no art. 7º, caput da CF/88 que, ao estabelecer as diretrizes fundamentais dos direitos dos trabalhadores, o faz como garantias mínimas (*Ibid*, p. 307), o que significa que outras normas a regular direitos dos trabalhadores, como as convenções e acordos coletivos de trabalho, por exemplo, ao estabelecerem conteúdo normativo mais favorável, serão de observância obrigatória nas relações de emprego. A lei ordinária também serve de fundamento por encontrar-se seguidos exemplos de condições mais vantajosas do que as previstas na CF/88 (*Ibid*, p. 307).

O sub-princípio "*in dubio pro operário*" ou "*in dubio pro misero*" se exterioriza como regra de interpretação, ou seja, de hermenêutica jurídico-laboral. Determina que o operador do direito estabeleça a interpretação da lei de forma mais favorável ao trabalhador, quando uma única norma esteja suscetível a interpretações diversas. Assim, havendo dúvidas em sua interpretação, esta deve ser dirimida em benefício do empregado. Entretanto, vale a ressalva no sentido que este mecanismo deve ser aplicado quando houver fundada dúvida a respeito do alcance da lei e nunca para suprir uma deficiência de prova, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse particular. (BARROS, 2010, p. 186).

A "*condição mais benéfica*", por sua vez, trata-se de uma regra de condições concretas. Protege situações pessoais mais vantajosas que se incorporam ao patrimônio do empregado por força do contrato de trabalho (BARROS, 2010, p.182). Entende-se que tal regra deve ser respeitada enquanto parâmetro inclusive em caso de denúncia e/ou modificação de convenções coletivas. Novas convenções, por exemplo, vigorarão para os novos trabalhadores que se incorporarem ao estabelecimento mas não poderão justificar a deterioração das condições de trabalho daqueles que vinham se beneficiando de um regime mais favorável. Verifica-se a aplicabilidade desta regra no direito brasileiro no art. 468 da CLT. Assim, determinadas regras instituídas pelo empregador por força do contrato de trabalho não podem ser destituídas sob pena de violação do artigo ora citado.²³

²³ "Ajuda-alimentação. O jantar fornecido com habitualidade pelo empregador, em decorrência da prestação laboral, constitui um acréscimo salarial para o trabalhador, integrando a sua remuneração

Este sub-princípio está em consonância com um fundamento maior estabelecido em caráter constitucional, qual seja, o *princípio do não retrocesso social (effet cliquet)*, que impede o legislador de desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da constituição; ou seja, uma vez regulamentado determinado direito, o legislador não poderia ulteriormente retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado, obrigando tanto o legislador constituinte derivado quanto o legislador infraconstitucional. Corresponde, no Direito do Trabalho, ao princípio do direito adquirido do art. 5º, XXXVI da CF/88 (NASCIMENTO, 2006, p. 365).

Pelo exposto, observe-se que o Direito do Trabalho, ao buscar um sistema de proteção mínima de direitos, busca também preservar a dignidade dos trabalhadores, pois a pessoa humana não se despe desta ao se inserir em um processo produtivo de forma subordinada, o que significa submissão jurídica e não pessoal ao poder de direção do empregador. O trabalho possui uma importância fundamental para a garantia da dignidade e da igualdade, uma vez que é por meio dele que podem ser satisfeitas as necessidades humanas enquanto fator de sobrevivência.

Vale ainda acrescentar que essa noção de proteção ao trabalhador apenas foi reconhecida quando os próprios trabalhadores se organizaram contra intensas explorações de trabalho, e que durante todo um contexto histórico-social, as reivindicações sempre buscaram, em suma, a preservação da dignidade humana,²⁴ que o Estado tem o dever de preservar por se tratar de princípio que se configura como fundamento da República.

De outra sorte, não se pode deixar de afirmar que o princípio da proteção, ao mesmo tempo em que normatiza garantias mínimas que devem ser norteadas pelo princípio da dignidade, contribui para a legitimação jurídica de um regime de exploração do trabalhador, ao preservar o sistema capitalista. *Francisco Araújo* traz importante lição ao estabelecer uma dupla perspectiva de preservação do princípio da proteção:

para todos os efeitos legais.” TRT – 3ª R. 2ª T. RO 2477/02 – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 17.04.2002.

²⁴ A título de exemplo cita-se o direito de organização, às melhores condições salariais, ao ambiente de trabalho sadio.

“Esse é o princípio da proteção: ao mesmo tempo em que, uma perspectiva intra-sistêmica busca preservar a dignidade do trabalhador (valor social da dignidade humana), acaba, indiretamente, em uma perspectiva global ou intersistêmica, preservando a lógica da exploração capitalista (valor social capitalismo como modo de produção hegemônico).” (ARAÚJO, apud VÁLIO, 2006, p. 61).

Conclui-se o presente tópico na certeza de que a busca de um sistema de proteção inerente à relação de emprego tem por fim a preservação da proteção à dignidade do trabalhador, tida como valor social da dignidade da pessoa humana, criando para seus destinatários deveres de agir de certa forma em consonância com outros mandamentos constitucionais, como o princípio da igualdade, do não retrocesso social, da liberdade de trabalho, da não discriminação (que se consubstancia como postulado proibitivo de certas condutas consideradas discriminatórias), daí sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que parte do pressuposto do ser digno enquanto qualidade inata do ser humano com igual consideração e respeito.

4. O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

O termo “poder” vem do latim “potere” (“poti”), que significa chefe de um grupo; traduz idéia de força, posse, obediência na relação entre pessoas unidas por um vínculo de autoridade. (GRASSELLI, 2011, p. 59). Embora não se admita a supremacia de uma pessoa sobre outra nas relações jurídicas em geral, inclusive nas relações laborais, entende-se que nas relações de emprego há o exercício do poder diretivo do empregador em relação ao trabalho realizado pelo empregado. Esse poder estaria fundado no direito de propriedade (art. 5º, XXII da CF/88) e na responsabilidade que assume o empregador pelo risco da atividade econômica (art. 2º da CLT).

Por outro lado, a principal característica da relação de emprego é a atividade pessoal prestada pelo empregado de forma subordinada, entendida como atividade realizada sem autonomia da vontade no conteúdo organizacional e produtivo do trabalho a ser desenvolvido, que passa a ser comando de decisão de quem detém os meios de produção. Como visto, esta subordinação é que gera um estado de poder para o empregador.

Na qualidade de poder privado, eventuais abusos acarretam influências não apenas para as partes, mas também para a sociedade e para o próprio Estado, que muitas vezes assume perante a ordem internacional diversas obrigações em preservar o trabalho digno²⁵. Nesse sentido, *Maurício Godinho Delgado* ensina que a relação de emprego se manifesta como uma das dimensões mais importantes enquanto fenômeno de poder, como elemento essencial para se compreender a evolução dos sistemas de produção e trabalho bem como do avanço e solidificação do processo democrático da sociedade (DELGADO, 2005, p. 135).

Assim, o estudo do poder diretivo do empregador revela-se importante, especialmente para a investigação de sua abrangência e limites, pois, tratando-se de uma espécie de manifestação de poder, está suscetível a abusos, acarretando por conseqüência influências na configuração do processo democrático.

²⁵ A título de exemplo pode-se mencionar que o Brasil assumiu compromisso internacional perante à OIT de erradicar as piores formas de trabalho infantil até 2016 e de eliminar todas as formas de exploração do trabalho precoce até 2020.

4.1. PODER DE DIREÇÃO: conceito e fundamentos

Consoante o art. 2º da CLT, esse poder pode ser conceituado como o poder de dirigir pessoalmente os serviços do trabalhador, o que significa que as regras, a forma e em que tempo o empregado deve fazê-los diz respeito à decisão do empregador, que se reserva, ainda, o direito de fiscalizá-los. Decorre do contrato de trabalho, e insere o empregado na condição de subordinado, pois este não dispõe de autonomia, em razão da dependência hierárquica, quanto ao modo de prestar serviços, que será em maior ou menor grau considerando o grau de intelectualidade do trabalho exercido; quanto maior a intelectualidade, menor a subordinação e vice versa, mas subsiste seja qual for a forma de trabalho subordinado.

Apesar da menção ao art. 2º da CLT, a legislação brasileira não dispõe de uma definição do poder diretivo do empregador, limitando-se a referir-se a ele. Assim, alude ao empregador como aquele que, *“assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”*, e o art. 3º do mesmo diploma, conceitua empregado como aquele que deve prestar *“serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”*

Vale acrescentar que o art. 2º da CLT não é o único que fundamenta o poder de direção do empregador. A CF/88 o consagra quando estabelece o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV), o da propriedade privada (art. 5º, XXII) e o inclui entre os princípios gerais da atividade econômica (art. 170).

A doutrina, por sua vez, incumbiu-se de conceituar, para inclusive, demarcar limites a esse poder. Nesse sentido, *Octavio Bueno Magano* aduz que o poder diretivo do empresário é a capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto às atividades do trabalhador, visando à realização das finalidades daquela (1982:94). *Amauri Mascaro Nascimento* define o poder de direção como a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida. Diz o referido autor, ainda, que o poder de direção se manifesta de três formas: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar. (NASCIMENTO, 2006, p. 664).

De acordo com Sérgio Pinto Martins, *“compreende o poder de direção não só o de organizar suas atividades, como também de controlar e disciplinar o*

trabalho, de acordo com os fins do empreendimento". Este poder não é ilimitado, pois a própria lei o limita. Ademais, os direitos fundamentais da pessoa também o restringirão. (MARTINS, 2005, p. 226).

A doutrina aponta quatro teorias para justificar a origem do poder de direção, que remonta, propriamente, à sua razão de existir. São elas: teoria da propriedade privada, teoria do interesse, teoria institucionalista, teoria contratualista.

Consoante os ensinamentos de *Leda Maria Messias da Silva*, a **teoria da propriedade privada** ensina que o empregador exerce o poder de direção porque é dono do empreendimento (atualmente ultrapassada). **A teoria do interesse** aduz que o poder de direção resulta do interesse do empregador em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera, objetivando atingir os fins propostos para o seu empreendimento. **A teoria institucionalista**, por sua vez, concebe a empresa como uma instituição, o que autoriza o empregador a proceder como se estivesse governando; e a **teoria contratualista**, sustenta que o poder de direção encontra suporte no contrato de trabalho, que pode ser entendido como ajuste de vontades no qual o empregado espontaneamente se coloca em posição de subordinação, aceitando a direção da sua atividade pelo empregador. É a predominante. (MESSIAS DA SILVA, 2006, p. 271).

A teoria que melhor define a origem do poder de direção é a contratualista. Assim, é na contratação de emprego que ocorre a sujeição do empregado ao poder diretivo inerente ao empregador. Até porque, sem contrato de trabalho sequer pode-se falar em relação de emprego.

O poder de direção exterioriza-se de diversas maneiras enquanto manifestações de poder. *Amauri Mascaro Nascimento* expõe três formas: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar. (NASCIMENTO, 2006, p. 664/665). Há autores²⁶, todavia, que inserem o poder regulamentar como quarta opção; entretanto, considera-se o poder regulamentar inserido no poder de organização enquanto manifestação de poder, harmonizando-se com o entendimento de Amauri Mascaro.

O primeiro deles, **poder organizacional**, decorre do direito de propriedade e corresponde, como o próprio nome afirma, à organização da atividade, do negócio,

²⁶ Cf. Alexandre Agra Belmonte. O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo: Revista LTr, v. 68, set. 2004. Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, dentre outros.

da gerência produtiva, do capital e do trabalho, com distribuição de tarefas e meios para atingir os fins, inclusive com direito a modificações contratuais, quando necessárias e desde que permitidas, visando a sua reestruturação no sentido de adequar as necessidades da empresa com as do mercado (*jus variandi*).²⁷

O poder diretivo possui natureza jurídica não pacificada na doutrina, que se divide em duas correntes: **Direito potestativo** de forma que nada impeça o seu exercício por traduzir interesse exclusivo e acarretando, no polo oposto, a sujeição passiva do empregado. **Direito-função** que, no entender de *Octavio Bueno Magano*, constitui-se em “*direito de ser exercido pelo empregador, não no seu interesse exclusivo, mas tendo em vista a comunidade dos empregados*” (MAGANO, 1982, p.30). Ou seja, esse direito confere poder ao titular para tutela de interesses alheios, implicando obrigações para o próprio titular. Exemplo: relação pai e filho, sindicato e categoria (SIMON, 2000, p. 105/106).

De certo, o poder organizacional como direito potestativo não mais se compatibiliza com a realidade social, uma vez que o sentido teleológico do Direito do Trabalho é a proteção da parte mais fraca da relação, o que descaracteriza, por si só, a feição potestativa. A própria participação dos empregados no âmbito empresarial, seja como membros de CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, comissões de fábrica, participação nos lucros, dentre outros, atestam contra essa natureza. Além disso, é sabido que, nos dias atuais, não há espaço para o exercício de atividade econômica pautada no único interesse do empregador, face à preocupação global com o meio ambiente, por exemplo.

Assim, os fundamentos que consubstanciam a dinâmica da relação de emprego contribuem para que prevaleça a teoria do direito função. Nesse sentido, o entendimento de *Sandra Lia Simón*, para quem o exercício da prerrogativa inerente ao poder de direção não pode se basear somente no interesse do empresário, haja vista o interesse dos empregados e seus direitos inerentes à condição humana (SIMÓN, 2000, p. 106). Isto significa pressupor a vigência de direitos humanos e sociais no âmbito da relação de emprego.

O **poder de controle** é a faculdade que detém o empregador de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais do empregado, qual seja, seu trabalho. Se

²⁷ O *jus variandi* é uma exceção à regra de alteração dos contratos, prevista no art. 468 da CLT, que estabelece como lícita a alteração se for de mútuo consentimento e ainda assim não resultar em prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade das cláusulas modificativas.

manifesta pelo controle de horário, prestação de contas, controle de produção e de qualidade. Em especial, é no exercício desse poder que podem ocorrer violações ao direito à intimidade do empregado, cerne deste trabalho, pois no exercício da fiscalização é que também ocorrem as revistas dos empregados, monitoramento por câmeras, *e-mail*, sensores, etc.. Por conta do avanço tecnológico, essa prática continuamente se inova. E, em virtude da ausência na legislação brasileira de limites a esse poder, fica difícil identificar onde começa o direito do empregado e onde termina o direito do empregador.

O **poder disciplinar** consiste no direito do empregador impor sanções disciplinares ao empregado caso descumpra regras contratuais. Tais penalidades devem ser aplicadas também com limites, observando-se em todo o caso a legislação ou as regras costumeiras na inexistência daquela. Quanto às punições possíveis, o Direito do Trabalho abarca três: advertência ou admoestação (sem previsão legal, estando reconhecida apenas na Lei do Trabalho Portuário²⁸ e alguns acordos ou convenções coletivas de trabalho), suspensão disciplinar (art. 474 da CLT), que não poderá exceder 30 dias, e demissão por justa causa (art. 482 da CLT), considerada espécie de resolução pelo inadimplemento das obrigações do contrato, e como tal, o trabalhador, perde quase todos os seus direitos.

4.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

A importância de analisar os princípios norteadores do poder diretivo está no fato que apenas terão validade os atos e normas que estiverem de acordo com a principiologia pertinente. Assim, necessário o estudo especificado destes em virtude de serem relevantes para se verificar a abrangência e os limites entre o poder diretivo e os direitos fundamentais do empregado, dos quais destaca-se, o direito à intimidade. Explicita-se: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da razoabilidade; c) princípio da proporcionalidade; d) princípio da boa fé.

Conforme já mencionado em capítulo anterior, o **princípio da dignidade humana** constitui-se em fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art.1º, III da CF/88. Em virtude desse *status* jurídico, pode ser considerado como basilar de todas as ordens jurídicas contemporâneas, por implicar no respeito a

²⁸ Lei nº 8630/93.

todos os atributos que permitem a todo o ser humano tornar-se digno, seja na dimensão social ou individual.

A extrapolação do poder de direção do empregador, que se materializa, por exemplo, na submissão dos empregados a jornadas irreais de trabalho, tarefas incompatíveis com suas qualidades, tratamentos degradantes, sendo sujeitos passíveis de assédios, tanto sexuais como morais, gera infração ao princípio em tela, pelas razões a seguir expostas. Inicialmente vale destacar a lição de *Ruprecht*, que na ótica do trabalhador definiu a dignidade humana da seguinte forma:

“O princípio da dignidade humana, também conhecido como o princípio do valor humano consiste em considerar o trabalhador não como uma mercadoria ou elemento de produção, mas como ser humano. Na aplicação do jus variandi deve ser respeitada a dignidade física e moral do empregado”. (RUPRECHT, 1995, p. 104-108)

Como visto, revela-se aqui a importância do significado da dignidade da pessoa humana para o seu efetivo cumprimento nas relações de emprego, em especial pelo significado normativo constitucional de princípio fundamental, face à tendência dos ordenamentos no reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Assegurar dignidade parte-se do pressuposto do respeito integral à pessoa humana em razão dessa condição, independentemente de eventuais diferenças como cor, etnia, condição sócio-econômica, função, subordinação ou de opinião, além de outras que possam existir na relação entre sujeitos. O respeito às diferenças é a base de valor do princípio da dignidade da pessoa humana, necessária para o alcance de uma vida saudável de respeito e moralidade.

No âmbito da relação de emprego, a incidência deste princípio revela-se no dever de respeito às partes implícito em todas as normas que norteiam a relação jurídica empregador x empregado, seja em cláusulas contratuais, regulamento de empresa ou comandos individuais e /ou coletivos, tendo em vista o referido preceito ser norma de ordem pública e sua afronta fere norma constitucional, servindo de fator de limitação e restrição a direitos fundamentais. *Ingo Sarlet* em muito contribuiu para o entendimento de uma dupla função para o princípio em tela. Ensina o autor que:

“sendo também parte – ainda que variável – integrante do conteúdo dos direitos fundamentais (...) serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e, portanto – na esteira do que lembra Francisco Segado -, também contra o uso abusivo dos direitos. Todavia, cumpre lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes (...) sempre se poderá afirmar (...) que a dignidade da pessoa humana atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 127).

Levando-se essa análise em abstrato para as relações de emprego, pode-se concluir que o princípio em voga atua como equilíbrio do poder de direção do empregador, pois a ele cabe estabelecer os critérios organizacionais, de controle e disciplinares desde que não comprometam, em quaisquer esferas, os direitos fundamentais do empregado, dentre os quais se destaca o poder de controle, que está mais próximo de possíveis ameaças ao direito à intimidade do trabalhador, o qual deve sempre ser resguardado no exercício desse poder.

O **princípio da razoabilidade**, por sua vez, não consta expressamente no texto constitucional. Implicitamente é encontrado no art. 5º, LIV, *in verbis*: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. Todavia, pode ser localizado também em outros dispositivos. O vocábulo deriva do termo razão, e supõe equilíbrio, meio termo na investigação das relações entre meios e fins. Isso se deve ao fato das relações humanas não serem regidas por esquemas formais abstratos, pressupondo-se assim, a lógica do razoável em cada exame concreto.²⁹

Assim, segundo a doutrina, o razoável pode ser compreendido como adequado, justo, não arbitrário, que corresponde ao bom senso e aos valores vigentes em dado momento ou lugar (BARROSO, 2004, p. 224). *Plá Rodriguez* abarca a idéia do dever de agir em obediência à razão, aludindo que este princípio consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme a razão. Equipara o referido princípio a uma espécie de limite em algumas áreas, a saber:

²⁹ Segundo *Luiz Pinho Pedreira da Silva*, o princípio da razoabilidade encontra suas bases tanto na teoria da lógica do razoável, de *Recanséns Siches* e *Perelman*, como na jurisprudência sociológica norte-americana, desenvolvida no final do século XIX pelo juiz Holmes, na Corte Suprema dos Estados Unidos, deitando raízes ainda na doutrina alemã da jurisprudência dos interesses, a que se propagou, no campo do direito, essa espécie de lógica, já estudada na filosofia (SILVA, 1999, p. 189).

“trata-se, como se vê, de uma espécie de limite ou freio normal e elástico ao mesmo tempo, aplicável naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis”. (RODRIGUEZ, 2000, p. 393).

O autor também informa que o princípio em tela atua como um critério adicional, complementar, confirmatório, suficiente quando não há outros elementos de juízo (2000:403).

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, ao tratar sobre o tema e após expor que a razoabilidade não é princípio privativo do Direito do Trabalho, critica a conceituação do princípio em tela como aquela em que as partes devem se conduzir de modo racional, por entender não serem destinatários do princípio apenas as partes, mas também os administradores e juízes que o devem observar quando tenham de solucionar os dissídios nascidos naquelas relações. (SILVA, 1999, p. 186). Argumenta, em seguida, no sentido da sua aplicabilidade no Direito do Trabalho por dois motivos: ausência de conteúdo concreto e elasticidade. (*Ibid*: 1999, p. 187).

Não há dúvida de que o referido princípio é aplicável às relações trabalhistas, principalmente por servir de critério distintivo das práticas que norteiam essa relação jurídica. Não são raras situações equivocadas, confusas, limítrofes entre a relação empregado x empregador, própria do dinamismo das práticas comerciais e da imensa variedade de circunstâncias nas quais envolve o trabalho de uma pessoa que se coloca em serviço de outra.

Muitas vezes, as relações trabalhistas por si sós não são autênticas, e no que diz respeito ao tema que envolve o poder de controle do empregador também, pois o empregador pode entender que tem direito a invadir a vida pessoal do empregado por ser detentor do poder de direção. E o pior, em determinados casos podem existir situações em que o próprio empregado também entenda dessa forma, ou fique em dúvida sobre seus próprios direitos por muitas vezes não se sentir confortável em determinadas atitudes praticadas pelo empregador, não sabendo ao certo discernir até que ponto são condutas legais ou ilegais.

A razão, como qualidade atribuída ao ser humano, não gera presunção de que as pessoas tenham razoabilidade. Nos dizeres de Plá Rodriguez: *“O ser racional pode não atuar razoavelmente se se deixa levar pela paixão ou pelo interesse*

desmedido". (RODRIGUEZ, 2000, p. 392). Assim, a razoabilidade é a qualidade do razoável, definido este como o justo, o regulado, o conforme à razão. (*Ibid* 2000, p. 392). Observa-se que o referido princípio contempla plena justificação teleológica, concretiza o Direito ao realizar a proteção e a promoção dos interesses por ele destacados e garantidos em tese, adequando-se ao ideal de justiça. Por isso, tais situações merecem detida análise para poder verificar e aplicar os direitos em concreto.

Tal princípio se torna ainda mais relevante por não haver na legislação trabalhista normas que poderiam estabelecer o melhor exercício do poder de direção, ou, por assim dizer, de que forma este deve ser desempenhado, abrindo espaço para que se interprete que, nas relações ora discutidas, o poder de direção deva ser desenvolvido no caso concreto com bom senso, equilíbrio, considerando-se a ética, a moral e os bons costumes, a razão, bem como critérios de distinção que se apontem como fundamentos razoáveis, tidos como aqueles acatados pela observância dos direitos fundamentais, aos princípios regidos pela Constituição e pelas leis em geral, por ser essa a forma que mais se coaduna com a princípiologia em questão.

Desse modo, ao exemplificar esses critérios, faz-se relevante a lição de *Romita*: *"Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situações objetivamente iguais ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional"*. (ROMITA, 2009, p.205).

Considerando o referido princípio também como um dever, atua como limite a certas faculdades cuja amplitude pode prestar-se à arbitrariedade. Assim, o poder de direção, para alcançar seus objetivos empresariais valendo-se do trabalho subordinado para indicar as tarefas e determinar como será a atuação do empregado, deve conduzir-se de regulamentos e ordens razoáveis, de sorte que jamais estariam justificados, por exemplo, para servir de vinganças e perseguições pessoais, uma vez que a atuação irracional não condiz com a aplicabilidade do princípio em tela.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, guarda estreita relação com o da razoabilidade, mas com este não se confunde. Segundo *Romita*:

“O princípio da proporcionalidade não se restringe ao terreno da aferição de razoabilidade das restrições estabelecidas por lei. Ele foi invocado inicialmente para justificar a imposição de restrições a determinados direitos, hipótese em que se averiguava a adequação dos meios empregados para a consecução dos objetivos pretendidos. Neste sentido, inspira o princípio da proibição do excesso, de que fala Canotilho”. (ROMITA, 2009, p. 205).

A diferença parte desde a origem, pois segundo *Guerra Filho*, o princípio da proporcionalidade é originário da Alemanha, sendo lá, associado “(...) ora ao princípio (estruturante) do Estado de Direito, ora ao princípio (fundamental) da dignidade humana – e daí, o nosso outro princípio estruturante, do Estado Democrático”. Como visto, o princípio da razoabilidade tem origem anglo-saxônica e está associado à cláusula do devido processo legal na forma substantiva, sendo que da forma processual, ele é derivado. O princípio da proporcionalidade advém da concepção de impor limites ao poder do Estado, com a finalidade de preservar os direitos dos indivíduos. (GUERRA FILHO, 2003).

O referido princípio se apresenta relevante diante da existência de conflitos de direitos, pois, levando em consideração o princípio da unidade que permeia o ordenamento jurídico, um direito não pode ser escolhido em detrimento do outro, o que justifica a viabilidade da harmonização em questão através de um sistema denominado cedência recíproca, aplicado por meio do princípio da proporcionalidade, através de uma técnica denominada ponderação de interesses.³⁰ O estudo *in casu*, portanto, desenvolve-se pela análise do direito à intimidade e à vida privada e do direito de propriedade do empregador.

Romita reconhece como o “princípio dos princípios”, por estabelecer a prevalência de princípios em conflito, ajustando a hipótese concreta, mas sem anular o outro (os outros), que será afetado em parte mínima, respeitando-se sempre o núcleo essencial do valor atinente a dignidade humana como princípio fundamental. (ROMITA, 2009, p. 206). É também um instrumento de interpretação em nível constitucional.

Guerra Filho argumenta que o princípio em tela é de prescrição normativa a garantir direito fundamental e que, por isso, não deve ser confundido com o princípio da razoabilidade, por este traduzir-se em um cânone da nova hermenêutica

³⁰ Sobre o tema, remete-se o leitor para o aprofundamento da teoria da ponderação de interesses ao item 2.2.4. desta dissertação.

constitucional, que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do direito, nos quadros de um Estado Democrático. (GUERRA FILHO, 2003).

Pelo visto, reconhece-se a importância e utilidade deste princípio, principalmente por ensejar a composição dos conflitos entre normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, buscando solução com a prevalência de um dos princípios em conflito. Parte da doutrina, entretanto, o condena por apresentar alta dose de subjetividade e não comportar aplicação racional. A objeção todavia, não convence, pois o juiz não se limita a declarar que as disposições são proporcionais ou não; desce a minúcias, pois, segundo o princípio do livre convencimento motivado, há a necessidade da exposição de razões nas quais se apóia o resultado da aplicação dos três sub princípios que norteiam o princípio da proporcionalidade sem sentido amplo (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

O princípio da proporcionalidade não está explícito na CF/88, mas entende-se que por ser parte integrante do Estado de Direito fica imposta sua observância. Está condicionado a idéia de que na concretude de direitos não deve operar sem limites, sob pena de ferir outros direitos, daí a concepção de que tratando-se de direitos de mesma hierarquia deve-se conduzir ao critério da máxima observância e mínima restrição de direitos. No dizer de Guerra Filho, esse princípio busca uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo de outros, sem que lhes falte totalmente o respeito, isto é, jamais se permite ferir o "núcleo essencial", onde se acha insculpida a dignidade humana. (GUERRA FILHO, 2003, p. 269).

Visto isso, pode-se concluir que estando em colisão os fundamentos que conduzem à atividade do empregador, quais sejam, propriedade privada e livre iniciativa, com o direito fundamental a intimidade e vida privada previsto no art. 5º, X da CF/88, aquele deve ser afetado para a concretude deste, em virtude de parâmetros jurídicos contidos no direito positivo que acabam por restringir a aceção absoluta do exercício desse direito, como a exigência da função social da propriedade e o respeito aos princípios norteadores ao poder de direção do empregador, enfatize-se, a obrigatoriedade de observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e da boa fé, por exemplo.

É certo, porém, que em face o direito de propriedade também haverá limitações aos direitos fundamentais dos trabalhadores em razão da natureza

subordinativa que norteia o contrato de trabalho. Mas vale a ressalva já explanada em outros tópicos no presente trabalho, no sentido de que se deve sempre preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de sorte a assegurar a dignidade da pessoa humana.

Resta a análise do **princípio da boa fé**. O termo “boa fé” tem origem na expressão latina *fides*, que, nos tempos romanos, significava honestidade, confiança, lealdade e sinceridade. (GRASSELLI, 2011, p. 71). Aplica-se a ambas as partes contratantes, devendo ser considerada como princípio de qualquer espécie de contrato, e em especial, os que regem a relação de emprego, qual seja, o contrato de trabalho.

O mencionado princípio se apresenta como boa fé subjetiva e objetiva, que *Plá Rodriguez* explicita como boa fé crença e boa fé lealdade. (RODRIGUEZ, 2000, p. 425/426). A boa fé subjetiva refere-se a um estado de consciência em que se ignora o prejuízo alheio, protegido ou tutelado pelo direito. Já a boa fé objetiva impõe um dever, tido como padrão de comportamento baseado em lealdade e confiança recíprocas, possibilitando a realização de normas que impõem aos sujeitos de uma relação que se portem de maneira honesta e leal uns com os outros, considerando os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro contraente, visto como membro de um conjunto social.

O direito brasileiro abarcou a boa fé subjetiva em diversas ocasiões e a objetiva foi inserida como cláusula geral atinente a todos os contratos, de forma clara e expressa, conforme dispõe o art. 422 CC: “*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.*”

De especial relevância traduz sua aplicabilidade no Direito do Trabalho, mormente por nesta relação exigir a confiança recíproca como um dos parâmetros base para a contratação. A propósito, *Plá Rodriguez*, mais uma vez contribui com seus ensinamentos ao argumentar:

“O contrato de trabalho não cria somente direitos e obrigações de ordem exclusivamente patrimonial, mas também pessoal. Cria, de outro lado, uma relação estável e continuada, na qual se exige a confiança recíproca em múltiplos planos, em direções opostas e, sobretudo, por um período prolongado de tempo.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 424).

O aludido autor esclarece que a boa fé que deve vigorar nos contratos de trabalho é a boa fé objetiva (RODRIGUEZ, 2000, p. 426) e frisa a importância desse princípio nas relações de emprego:

“Se se acredita que há obrigação de ter rendimento no trabalho, é porque se parte da suposição de que o trabalhador deve cumprir seu contrato de boa fé e entre as exigências da mesma se encontra a de colocar o empenho normal no cumprimento da tarefa determinada. Mas ao mesmo tempo essa obrigação de boa fé alcança, ainda assim, o empregador, que também deve cumprir lealmente suas obrigações.”(RODRIGUEZ, 2000, p. 420).

Assim sendo, não basta apenas a crença deixada à subjetividade do agente; é necessário que se faça a diligência necessária para obter o exato conhecimento dos fatos. Trata-se de recorrer à consciência objetiva que se exterioriza em um tipo de medida como a de um bom pai de família ou do homem médio, por exemplo.

Pode-se entender que a boa fé também atua como limitadora dos direitos subjetivos, pois impõe às partes uma conduta socialmente e éticamente aceitável. De outra sorte, não se admite o exercício de direitos subjetivos que se contraponham à boa fé. E para finalizar, *Grasselli*, ao discorrer sobre o tema, assim expõe: *“A boa fé contratual significa, portanto, o bem dos contraentes. O princípio da boa fé objetiva poder atuar como parâmetro para interpretação da manifestação de vontade no contrato de emprego (no momento de sua formação ou de seu desenvolvimento)”*. (GRASSELLI, 2011, p. 72).

No âmbito do tema em foco, parte-se do pressuposto de que, se o contrato de trabalho foi firmado, aceito por ambas as partes, a boa fé se presume nas relações jurídicas contratuais e dessa forma, impõe dever de conduta a ambas as partes. O empregado tem o dever de agir com a lealdade na consecução de suas obrigações e direitos para com o empregador, como estar impedido de revelar segredos da empresa, de evitar trabalho a terceiros durante sua jornada de trabalho, de abster-se a concorrência desleal, dentre outros.

Da mesma forma, o empregador deve cumprir suas obrigações com boa fé. E nesse sentido, forçoso concluir que o princípio em tela limita o poder de direção nas mais variadas hipóteses, relacionando-se tanto a formação, execução ou ao término do contrato de trabalho, como a possibilidade da atribuição de responsabilidade por dano moral pré-contratual, ao uso injustificado do *jus variandi*,

à proibição de pagamento de salário inferior ao mínimo legal, e mais especificamente o poder de controle do empregador à inspeção na vida pessoal do empregado, por não guardar, de forma geral, nenhuma relação com a atividade por este desenvolvida, ou seja, entende-se que a fiscalização que foge aos parâmetros regulares para o exercício do trabalho deve ser entendida como afronta ao princípio da boa fé, por não conter uma justificativa razoável que a legitime.

4.3. LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER DIRETIVO

No mundo globalizado e competitivo no qual vivemos, cujo objetivo é maximizar resultados a todo o custo, a utilização dos avanços propiciados pela ciência e tecnologia, aliado a ânsia do “empregado ideal”, faz com que o empregador vá além do razoável na fiscalização do trabalho e até mesmo da vida de seus empregados, ferindo direitos fundamentais. Os abusos cometidos em razão do exercício do poder de direção nascem em geral desta realidade, qual seja, do excesso no poder de controle do empregador por visar apenas o que lhe convém.

Segundo os interesses patronais, o empregado ideal normalmente é aquele que se despe de seus próprios interesses para considerar relevante apenas os atrativos empresariais, como, por exemplo, aquele trabalhador que não se importa com o horário de trabalho, com sua vida pessoal, não navega pela *internet* e não fala ao telefone para tratar de assuntos pessoais, dentre outros. Sabe-se que exigências como essas não são raras em diversas relações de emprego. E é por essa razão que se objetiva a identificação de limites inerentes ao poder de direção, analisando-se a seguir os principais contornos utilizados pela doutrina a respeito. Vale destacar, a propósito, o ensinamento de *Maurício Godinho Delgado*:

“Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e no controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade, medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha, empregaticamente, no país” (Delgado, 2005, p. 610).

Em virtude do que já fora dito sobre o poder de direção, percebe-se claramente que não se trata de um direito absoluto. Assim sendo, a subordinação inerente ao empregado por força do vínculo contratual de emprego não pode ir além do estritamente necessário para a execução dos serviços ou a condução da

atividade econômica do empregador, por não se traduzir no dever de sujeição a toda e qualquer determinação do empregador. Assim, o poder de direção encontra limites, sob pena de ser considerado abusivo e, conseqüentemente, ilegal.

4.3.1. O *jus resistantiae*

É sabido que o contrato de trabalho origina o poder diretivo e a subordinação do empregado, e que, em razão dessa natureza contratual, os direitos fundamentais dos trabalhadores poderão sofrer certas limitações. Contudo, tal poder deve ser exercido nos limites impostos pela lei ou pelos costumes, sob pena de considerar-se abusivo ou ilegal. Assim, o dever de subordinação não deve ser traduzido como submissão, ou sujeição a toda e qualquer determinação do empregador, pelo que, é lícito recusar o cumprimento de ordens abusivas ou ilegais. Surge assim, o chamado direito de resistência, ou *jus resistantiae*, que configura por tais motivos limite ao poder de direção do empregador.

O *jus resistantiae* não anula o poder de direção, como o exercício deste não tem o condão de retirar direitos do empregado. Os dois direitos devem existir concomitantemente; o direito de resistência nasce com o uso irregular do poder de direção. Segundo *Maurício Godinho Delgado*, o direito de resistência é parte integrante do poder empregatício, configurando mais uma evidência do caráter dialético do fenômeno do poder no âmbito da relação de emprego. (DELGADO, 2005, p. 679).

Adentrando-se mais sobre a questão, vale acrescentar que o direito em destaque não deve ser visto como falta trabalhista (como indisciplina ou insubordinação), já que sua resistência é justificada, como também não deve ser visto apenas no que tange ao aspecto individual, mas também no âmbito coletivo das relações de emprego. O direito de greve é exemplo disso.

A OIT reconhece o *jus resistantiae* especificamente na Convenção 155, art. 19, "f", adotada em 1981, o qual dispõe que o empregador não tem o direito de exigir que os empregados retomem o trabalho em situação de perigo iminente e grave para a sua vida ou saúde. Dessa forma, seria lícita a recusa de um piloto de aeronave obedecer ordens de decolagem quando verificar a existência notória de dificuldades meteorológicas, por exemplo.

Nos mesmos termos, não estão os empregados obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão no contrato de trabalho, por configurar afronta à intimidade e vida privada do trabalhador, consoante prevê o art. 5º, X da CF/88, cujos fundamentos estão a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

A CF/88 contém ainda outros dispositivos em que se reconhece como direitos fundamentais à liberdade, à segurança, à igualdade, além dos direitos sociais, cujo sentido na condição de direitos fundamentais de 2ª geração é traduzir uma melhoria da condição de vida para os cidadãos, garantindo-se um mínimo de direitos trabalhistas que devem ser respeitados, como salário mínimo e irredutibilidade deste (art. 7º, IV), redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII); proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, (art. 7º, XXXIII), dentre muitos outros.

Na legislação infraconstitucional há dispositivos na CLT, como o previsto no art. 483 e alíneas, que diz respeito a faltas graves cometidas pelo empregador, como alterações contratuais ilícitas, por exemplo, aptas a ensejar o direito do empregado requerer a dispensa indireta (rescisão contratual por falta grave do empregador, e que garante ao empregado os mesmos direitos inerentes a uma despedida sem justa causa). Os Tribunais do Trabalho têm decidido situações análogas nos seguintes termos:

“Ementa: Alteração contratual prejudicial. Nulidade. Art. 468 da CLT. Jus resistentiae autorizado. Justa causa não configurada. A mudança do horário anteriormente cumprido das 9:00/15:00 e 14:00/20:00, com duas folgas semanais, para 17:00/22:00 hs., de terça feira a domingo, configura alteração contratual que acarreta prejuízos pessoais para a empregada, que tem todo o direito de recusá-la. A alteração contratual lesiva é vedada pelo art. 468, caput da CLT, cabendo à empregada o direito de resistência, sem que fique configurada a insubordinação e a conseqüente justa causa, pois o direito potestativo do empregador é limitado.(RO 591200302102006 TRT 2ª R., 4ª T.Rel. Paulo Augusto Camara).

Como visto, a jurisprudência acima transcrita apresenta caso clássico de limitação ao poder de direção do empregador, pela aplicabilidade do princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Assim, entende-se como atitude ilegal o estabelecimento de mudanças no horário de trabalho que acarretem prejuízos de natureza pessoal aos empregados, a exemplo do mencionado acima, o que leva a

concluir que a subordinação não pode ser compreendida como estado de sujeição total do empregado, e que o *jus resistantiae* representa limite ao poder de direção do empregador, configurado pela existência de ordens ilegais e /ou abusivas que conferem direito ao empregado de resistir a essa violação.

4.3.2. Função social da propriedade

Assegurado originariamente nas Declarações Francesa e Americana, o direito de propriedade é considerado direito de 1ª geração, cujo enfoque é o aspecto individual, tido como símbolo do Estado Liberal. Na Constituição Brasileira possui fundamento no art. 5º, XXII da CF/88 e é considerado fundamento do poder de direção do empregador. Contudo, a garantia desse direito não se dá de forma absoluta, e é a própria Lei Fundamental que insere a principal limitação, ao especificar, no art. 5º, XXIII, que a propriedade deve atender a sua função social.

Ocorre que, nos dias atuais, não se contempla mais a visão meramente individualista enquanto concepção de direitos, daí falar-se que o caráter absoluto do direito de propriedade almejado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi evoluindo até alcançar uma idéia atrelada à sua função social (BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 70), e isto se deve ao fim estabelecido pela ordem jurídica, qual seja, assegurar a todos existência digna. José Afonso da Silva, assim afirma:

“Embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (SILVA, 2008, p. 262/263).

Em outros termos, a propriedade privada deve ser exercida de acordo com os ditames da função social, o que significa que o proprietário não possui direitos absolutos no exercício desse direito, e as condicionantes se inserem em um conjunto de obrigações para com os interesses da coletividade, que devem existir conjuntamente ao exercício do direito individual de propriedade.

A Constituição Federal elenca entre os princípios da atividade econômica (art. 170, II e III) a propriedade privada e sua função social, nos seguintes termos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II – propriedade privada

III – função social da propriedade (...).

Os requisitos necessários à observância desse direito, que devem ser preenchidos simultaneamente, estão estabelecidos no art. 184 da Carta Magna, que elenca, dentre outros, a obrigatoriedade de observação das disposições que regulam as relações de trabalho. Vale a ressalva, entretanto, que não tem o condão de possibilitar a desapropriação da propriedade empresarial, nos moldes previstos para a propriedade rural, caso o empresário não cumpra normas trabalhistas. A importância do preceptivo legal para esta dissertação é o aspecto interpretativo sistemático enquanto preocupação da utilização da propriedade em geral, em prol da sociedade e dos empregados.

Em outras palavras, quando uma empresa respeita as normas trabalhistas revela a utilização social do bem cujo fim último é a preocupação com a dignidade humana. E no contexto, ou como parte da observância de normas trabalhistas verifica-se a obrigatoriedade de respeitar a intimidade do empregado. Por consequência, o empregador que não a respeita não cumpre a função social da propriedade. Nesse sentido *Floriano Barbosa Junior*:

“É justamente na observância dos direitos de seus empregados e no respeito aos limites do poder de comando empresarial que está a efetivação da utilização social do direito de propriedade empresarial. Ademais, se observado com acuidade o escopo da função social da propriedade, vai-se alcançar em sua essência o intento de prestigiar os direitos humanos e fundamentais.” (BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 73).

É preciso ter em mente, outrossim, que a idéia da função social não retira da empresa sua função econômica como forma de circulação e acumulação de riquezas. O que se pretende é uma coexistência harmônica entre interesses individuais e os da coletividade dos sujeitos em tela. Não há dúvidas de que a função social da propriedade limita a liberdade contratual, sem contudo, suprimi-la e nem sobrepujar sua função econômica. O Enunciado nº 23 formulado na jornada de

Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça – STJ (11 a 13 de setembro de 2002), reforça esta idéia:

(...) a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

O art. 421 do CC estabelece a cláusula geral da função social do contrato, o qual é perfeitamente aplicável do Direito do Trabalho por força do art. 8º da CLT.

4.3.3. Observância dos princípios norteadores e direitos fundamentais

A Constituição Federal prevê um rol de princípios e direitos fundamentais que devem ser observados por todos, dos quais destaca-se o art. 1º, III da Carta Magna, que consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. O art. 5º da CF/88 traz um rol de direitos e garantias fundamentais pertencentes aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, dentre os quais toma-se por referência o direito à intimidade e a vida privada (art. 5º, X da CF/88).

Assim, nesta relação jurídica cumpre ao empregador observar as garantias constitucionais, que por evidência, podem acabar por limitar a abrangência do poder de direção. *Maurício Godinho Delgado*, ao comentar sobre os preceitos constitucionais que devem ser observados no exercício do poder diretivo, leciona que:

(...) existem, na Constituição, regras impositivas enfáticas, que afastam a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle de prestação de serviços que agredam a liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador. Ilustrativamente, a regra geral da igualdade de todos perante a lei é da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, caput, CF/88). Também a regra geral de que “ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, II CF/88). Ainda a regra geral que declara “invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF/88)” (2005, p.636).

A intenção do legislador constituinte ao assegurar direitos fundamentais foi de instituir um Estado Democrático destinado a observância dos direitos sociais e

individuais, valendo constatar que, ao lado dos fundamentos da dignidade humana e valores sociais do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, III e IV da CF/88), temos enquanto objetivos da República Federativa do Brasil, entre outros, o de *construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, I e IV). Tais disposições são princípios constitucionais, de caráter normativo, pois irradiam efeitos por toda a Constituição e também para os dispositivos infraconstitucionais, representando verdadeiros limites ao poder de direção do empregador, pois podem e devem ser aplicados ao caso concreto.

O empregador deverá ter presente na condução do poder de direção os princípios norteadores ora analisados no presente capítulo, como por exemplo, fazendo presente o princípio da razoabilidade em suas decisões ao optar por políticas sensatas e ponderadas, de forma que se permita a condução dos trabalhos com eficiência e qualidade, mas ao mesmo tempo permeado de um ambiente de trabalho confortável, que proporcione bem estar. Normalmente o mal estar imperante em ambientes de trabalho diversos é ocasionado por condutas excessivas derivadas do poder empresarial, das quais, ressalta-se, a ofensa à intimidade e vida privada do trabalhador.

Da mesma forma, o princípio da boa fé contratual. Como exemplo de sua observância tem-se a inserção do trabalhador em atividades insalubres, em que se impõe ao empregador tanto o dever de buscar a eliminação ou redução dos riscos para o não comprometimento da integridade física do trabalhador, quanto propiciar que este seja conhecedor dos riscos até então inerentes. Ao empregado, por sua vez, ensinaria a obrigatoriedade da utilização dos equipamentos de proteção individuais – EPI, fornecidos pela empresa.

Porém, a grande questão é: como compatibilizar o direito de propriedade do empregador, fundamento do poder de direção, com os direitos fundamentais de privacidade e intimidade do empregado? Longe de responder de forma simplista, busca-se a solução nos princípios norteadores ora analisados. E em eventual existência de conflitos quanto à aplicabilidade dos direitos em questão ao caso concreto, deve-se estabelecer um juízo de ponderação ou prevalência com base no princípio da proporcionalidade³¹, uma vez que as regras de Direito Constitucional

³¹ A análise da ponderação de interesses foi explanada com maiores detalhes no item 2.2.4. desta dissertação.

devem ser construídas com base na harmonização de direitos, considerando a máxima observância e a mínima restrição. Analisando-se esse contexto nas relações trabalhistas verificar-se-á a seguir de que forma se poderia ter uma dimensão dos limites e abrangências do direito à intimidade do empregado em razão do direito de propriedade do empregador, fundamento do poder de direção de natureza constitucional.

De início, parte-se do pressuposto que tanto o empregado como o empregador estarão sujeitos a determinados limites na consecução de seus direitos. E no que tange ao direito à vida privada e intimidade, o tratamento jurídico é o mesmo, seja em razão dos direitos fundamentais não serem absolutos, seja por conta da natureza subordinativa do contrato de trabalho.

Assim, considerando ser o empregador o detentor dos meios de produção e responsável pelos riscos inerentes à atividade econômica, direitos esses que decorrem de seu direito à propriedade privada estabelecido na CF/88, possui o direito de monitorar a atividade desenvolvida pelo empregado, mas não de forma ilimitada, pois, sendo o trabalhador possuidor de direitos fundamentais na qualidade de cidadão, não pode ser destituído do seu direito à intimidade. O trabalhador, por sua vez, não pode utilizar-se deste direito para praticar furtos ou utilizar-se dos equipamentos eletrônicos para desviar o objeto da prestação do emprego, em virtude da proibição de que os direitos fundamentais sirvam para acobertar práticas ilícitas.

O direito de propriedade do empregador restringe o direito à intimidade do empregado, mas não suprime este, assim como o direito à intimidade do empregado restringe o direito de propriedade do empregador, que deve se ater ao suficiente para a condução normal das atividades inerentes ao contrato de trabalho, considerando o critério do princípio da proporcionalidade, mais especificamente, do sub-princípio necessidade neste caso. Isso porque, aquilo que ultrapassa as barreiras do contrato de trabalho atinge a pessoa humana, e como tal, deve se considerado abusivo, gravoso.

Dessa forma é que se considera ilegal a prática de revistas íntimas, por exemplo, embora se permita o monitoramento das atividades desenvolvidas na empresa, desde que os empregados estejam cientes, pois assim, o empregador não invadiria o direito à privacidade do trabalhador e conseqüentemente estaria

respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando o critério da proporcionalidade em sentido estrito.³²

Como visto, a cada caso concreto deve-se fazer uma ponderação de interesses visando a harmonização dos mesmos, não os suprimindo, mas assegurando o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O critério norteador na relação de emprego seria a preservação da dignidade humana, pautada no respeito mútuo, no respeito às diferenças econômico-sociais.

Assim, a aplicabilidade de ambos os direitos comporta análise cuidadosa para verificar as adaptações necessárias visando a convivência entre eles. Para tanto, faz-se o estudo por meio de casos concretos para se saber qual direito deverá prevalecer, e qual sofrerá as restrições necessárias, sempre buscando o equilíbrio, a harmonização.

³² Essas hipóteses concretas serão melhor abordadas no item 5 desta dissertação.

5. O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR: ANÁLISES CONCRETAS

Existem diversas maneiras de afronta ao direito à intimidade do empregado pelo abuso do poder de direção do empregador. Diante da violação, tem-se a caracterização de um dano moral, o qual há de ser indenizado (art. 5º, X, CF; arts. 11 e 186 CC). Em algumas hipóteses a incidência dessa violação poderá configurar o que se denomina de assédio moral³³, também suscetível a indenização por dano moral.

5.1. REVISTAS

A legislação brasileira não aponta critérios definidos suficientes para que se saiba até que ponto, quando, ou de que forma às revistas podem ser utilizadas pelo empregador. Apesar de a CF/88 garantir a intimidade, até o final da década de 1980 não se conhecia nenhuma espécie normativa que proibisse as revistas íntimas. Entretanto, a partir da década de 90, registra-se a existência de algumas normas municipais proibindo-a, como a do município de Belo Horizonte (lei nº 7451/98) e a do município de Vitória/ES (lei n. 4603/98).

O art. 373-A da CLT, no capítulo que trata sobre os direitos da mulher, dispõe sobre a proibição de se realizarem revistas íntimas:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

(...)

³³ Segundo Alice Monteiro de Barros, o assédio moral está vinculado à estrutura emocional-sentimental conhecida como caráter, e representa uma espécie de terror psicológico, suscetível de ocorrência nas escolas, na família e também no ambiente de trabalho. Neste, apenas na virada do século o tema passou a receber tratamento jurídico e se configura como atentado à dignidade humana do trabalhador. (BARROS, 2010, p. 927). Pode ser conceituado como a situação em que uma ou mais pessoas exercem violência psicológica sobre a outra, de forma sistemática ou prolongada, com o objetivo de causar dano moral e psíquico na vítima. Muitas vezes essa conduta é exercida no trabalho para forçar um pedido de demissão, uma aposentadoria precoce ou uma transferência ilegal, por exemplo.

Segundo a autora, esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também o contrário, e mesmo entre colegas de trabalho (BARROS, 2010, p. 928). Em geral, a jurisprudência tem julgado conflitos envolvendo o tema em questão condenando o assediador ao pagamento de indenização por dano moral.

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (BRASIL, 2012, p. 260).

Ressalta-se que a proibição é para revistas íntimas, e não para quaisquer revistas. A despeito da norma referir-se apenas às mulheres, o citado artigo pode e deve ser utilizado por analogia com relação aos homens, em virtude da CF/88 estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). A princípio, então, surge a seguinte indagação: quais os parâmetros jurídicos a serem observados para que se considere uma revista válida? De outra sorte, a partir de que momento tais revistas podem ser consideradas abusivas por excesso do poder fiscalizatório inerente ao poder de direção do empregador? Eis a questão que se irá analisar.

De início cumpre lembrar que o exercício do poder de direção contempla como uma de suas manifestações o poder de controle, considerado como o poder de vigiar e fiscalizar a atividade do empregado, bem como avaliar o cumprimento de suas obrigações. Esse poder decorre da proteção patrimonial que detém o empregador, bem como do zelo que tem pelo desempenho das atividades a que se propõe, principalmente porque os prejuízos daí decorrentes são enfocados pela lei como sendo de responsabilidade daquele que exerce atividade econômica, de forma objetiva.

Logo, o legislador ordinário, reconhecendo o poder diretivo, legitima a limitação da esfera de intimidade do empregado. Entretanto, esse poder também comporta limites, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional.

Segundo *Alice Monteiro de Barros*, a doutrina nacional admite a revista pessoal e outros a condicionam a um ajuste prévio ou à previsão em regulamento da empresa. Há autores ainda que se insurgem contra a revista, por considerá-la atentatória a direito individual do empregado, diante da qual a empresa deve curvar-se, ou seja, há extensa divergência doutrinária a respeito. Boa parte da jurisprudência, por sua vez, inclina-se pela possibilidade de revista pessoal, com fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda do seu patrimônio, mas, de forma moderada, de sorte que deve estar desprovida de atos capazes de violar os direitos da personalidade, entre os quais o da honra e da intimidade do empregado. (BARROS, 2009, p. 74). Portanto, conclui-se que no

âmbito jurisprudencial efetivamente o que importa é a maneira como é realizada a revista, definindo-se a partir de então a ocorrência ou não de dano moral. O Tribunal Superior do Trabalho – TST, em geral, tem admitido a possibilidade nos moldes ora expostos, conforme observe-se pela jurisprudência transcrita a seguir:

“RECURSO DE REVISTA. REVISTA NOS PERTENCES DO EMPREGADO (BOLSAS E SACOLAS). INEXISTENCIA DE DIREITO A DANO MORAL. A mera revista visual e geral nos pertences do empregado, como bolsas e sacolas, não configura, por si só, ofensa a intimidade da pessoa, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador, inerente ao seu poder de direção e fiscalização. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR 2121700-69.2005.5.09.0029.” Data de julgamento: 7.04.2010, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de divulgação: DEJT 9.04.2010).

“RECURSO DE REVISTA – DANO MORAL – REVISTA VISUAL DE BOLSAS E SACOLAS. A inspeção visual de bolsas, pastas e sacolas dos empregados, sem contato corporal ou necessidade de despimento, e ausente qualquer evidencia de que o ato possua natureza discriminatória, não é suficiente para, por si só, ensejar reparação por dano moral. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.” (Processo : RR 1587500-13.2006.5.09.0012. Data de julgamento: 17.0.2010, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 19.3.2010.

“RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO - REVISTA VISUAL DE BOLSAS E SACOLAS. A revista em bolsas e sacolas dos empregados da empresa, realizada de modo impessoal, geral e sem contato físico, e sem expor a sua intimidade, não submete o trabalhador a situação vexatória e não abala o princípio da presunção da boa-fé que rege as relações de trabalho. O ato de revista de empregados, em bolsas e sacolas, por meio de verificação visual, é lícita, consistindo em prerrogativa do empregador, tendo em vista o seu poder diretivo, não caracterizando prática excessiva de fiscalização capaz de atentar contra a dignidade do empregado. Nesse sentido tem entendido esta Corte, reiteradamente. A fiscalização do autor, tal como consignada no decisum regional, não configura ato ilícito, uma vez que não se pode presumir, na espécie, o dano que o teria atingido nem, o conseqüente sofrimento psíquico, pois a inspeção a que estava submetido não era discriminatória, tampouco dirigida somente a ele, nem implicava contato físico de qualquer natureza. Recurso de revista conhecido e desprovido” (Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. Título Acórdão do processo Nº RR – 109200-68.2004.5.05.0023. Data 26/05/2010).

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - REVISTA EM BOLSAS E SACOLAS DOS EMPREGADOS. I - A revista realizada com moderação e razoabilidade não caracteriza abuso de direito ou ato ilícito, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador inerente ao seu poder diretivo e de fiscalização. Dessa

forma, a revista em bolsas, sacolas ou mochilas dos empregados sorteados para tanto, sem que se proceda à revista íntima e sem contato corporal, mas apenas visual do vistoriador, e em caráter geral relativamente aos empregados de mesmo nível hierárquico, não denuncia excesso do empregador, inabilitando a autora à percepção da indenização por danos morais. II - Recurso provido" (Autoridade Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Título Acórdão do processo Nº RR - 724400-28.2008.5.09.0019. Data 19/05/2010.

Esclarece-se todavia, que existe diferença substancial entre revista pessoal e revista íntima. A primeira normalmente se realiza sob o aspecto visual a pessoa e/ou aos pertences do empregado. A segunda realiza-se sobre o corpo, de sorte a caracterizar-se como abuso e violação ao direito à intimidade, como por exemplo, a que implica no desnudamento parcial ou total do trabalhador.

Para todos os efeitos, a jurisprudência ora mencionada vem entendendo como possível a revista pessoal; a revista íntima, por sua vez, em geral não tem sido aceita, seja em face de critério legal já explicitado (art. 373 da CLT), seja por haver entendimento de afronta a intimidade do trabalhador.

Adota-se o entendimento que enseja a possibilidade de revista pessoal, considerando-se a máxima de entender-se permitido aquilo que não estiver proibido em lei; todavia, a revista apenas resta-se justificada como último critério a ser utilizado, quando necessário, face à proteção do patrimônio empresarial e a segurança das pessoas, como por exemplo, empresa que fabrica armas ou material radioativo cujo transporte para fora acarreta prejuízo à coletividade.

Isso implica dizer, que, diante de vasta inovação tecnológica existente no mercado, não se justifica tal prática quando existem outras medidas preventivas a serem utilizadas. E por mais que muitas vezes a adoção de tais mecanismos importe em maior custo, este deve ser considerado necessário e justificado face a proteção da dignidade das pessoas.

Assim, a necessidade da revista se legitima, por exemplo, na existência de bens suscetíveis de ocultação e subtração, com valor material³⁴, ou que tenham relevância para o funcionamento empresarial, e for ineficaz ou impossível o exercício

³⁴ Levando em consideração o pressuposto de que hajam bens passíveis de subtração, a prática das revistas apenas se revelará como imprescindível se as mercadorias apresentarem-se vulneráveis de serem subtraídas, e ainda assim, se não for possível a averiguação por outros meios, como detectores de metais, alarmes, insuficiência dos sistemas de câmeras de vídeo e /ou vigilância, instalação de etiquetas nos produtos ou outros semelhantes.

da fiscalização por mecanismos tecnológicos, como câmeras de vídeo, detectores de metal ou objetos suspeitos, anti-furto, utilização de etiquetas em mercadorias, entre muitos outros. Partir do pressuposto de que qualquer forma de revista seja invalidada, acarretaria, ao meu ver, um absolutismo do direito à intimidade, o que não se mostra possível e razoável, de acordo com tudo o que fora estudado e analisado neste trabalho, mormente quando há a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais.

Todavia, cumpre acrescentar que, no âmbito jurisprudencial existem respeitáveis opiniões no sentido de que a revista, ainda que apenas visual, atenta contra à intimidade do empregado, dando ensejo a indenização por dano moral, a saber:

“DANO MORAL – REVISTA PESSOAL. A revista pessoal, ainda que feita de forma geral, impessoal e sem contato físico, ofende a honra e a privacidade do empregado. Recurso a que se nega provimento”. TRT 3ª Região, 1ª Turma, proc. nº 00375-2007-062-03-00-4 RO. Rel. Desembargador Marcus Moura Ferreira, Rev Desembargador Maurício Godinho Delgado. Publicado no DO de 27.7.2007.

“DANO MORAL – REVISTA EM BOLSAS E SACOLAS SEM CONTACTO FÍSICO – O ato de revista de empregados, em bolsas e sacolas, mesmo por meio de verificação visual, é ilícita, consistindo em abuso do poder diretivo do empregador, caracterizando prática excessiva de fiscalização capaz de atentar contra a dignidade do empregado. É devida, assim, indenização por dano moral.” TRT 8ª Região, 1ª Turma, proc. nº 000395-63.2010.5.08.0205 – RO. Rel. Maria Valquíria Norat Coelho.

Acredita-se que revista visual, por si só, ou seja, sem nenhum critério que a justifique, afronta à intimidade do trabalhador. Por isso, a avaliação deve ser realizada no caso concreto, observados os critérios acima expendidos e ao princípio da razoabilidade na qualidade de princípio norteador inerente ao poder de direção do empregador, pois, não é razoável a possibilidade de revista em bolsas, sacolas e pertences pessoais do empregado, todos os dias, pois no mínimo o trabalhador teria que se preocupar com o conteúdo inserido, limitando-se portanto, a sua esfera íntima. Para isso existem aparelhos tecnológicos condizentes a essa prática sem acarretar ofensa à intimidade ao trabalhador, e provavelmente, o farão com mais eficiência.

As primeiras conclusões ora explanadas justificam-se especialmente considerando que o direito de propriedade do empregador condiciona-se à

observância da função social, em consonância com a ordem econômica constitucional (art. 170, II e III), com os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV) e dos objetivos fundamentais, todos previstos na Carta Magna (art. 3º, I e III). Por isso, partindo-se da possibilidade da fiscalização por meio de revistas pessoais, resta-se a observância, de forma obrigatória, da utilização de determinados padrões de razoabilidade, a fim de que não haja qualquer tipo de constrangimento ao trabalhador.

Alice Monteiro de Barros, nesse sentido, pondera que as revistas devem ser realizadas em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critérios objetivos (integrantes de mesmo setor, turno, numeração, sorteio), mediante prévio ajuste com a entidade sindical, regulamento empresarial ou com o próprio empregado, e respeitando-se ao máximo os direitos da personalidade (BARROS, 2009, p. 78). De outra sorte, não se admite que as revistas sejam realizadas de forma discriminatória, arbitrária, ou seja, não deve possuir condão ameaçador, acusatório; se tiver de ser realizada, que possua caráter preventivo ou uma suspeita razoável.

Quanto ao local, considera-se permitida a revista desde que realizada no ambiente do trabalho, em local apropriado, tido este como não aberto, para que o trabalhador não seja exposto à presença de outras pessoas e até mesmo dos colegas de trabalho. A exposição demasiada vem sendo considerada como afronta ao princípio da dignidade humana. Ou seja, verifica-se neste aspecto uma observância obrigatória de parâmetros de razoabilidade por parte do empregador e seus prepostos.

“DANO MORAL – DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR – Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo é que o exercício desse poder potestativo encontra limite no direito à intimidade e à honra do trabalhador. A revista, quando indispensável, deve realizar-se com absoluta discricção e em ambiente fechado que preserve a intimidade do trabalhador, não em galpão aberto, diante dos colegas de trabalho e de quem mais ali estivesse” (TRT 3ª R., RO 8146/02, 7ª T., Rel. Juiz José Roberto Freire Pimenta, DJMG 13.08.02, p. 18).

“DANO MORAL – REVISTA PESSOAL – O que caracteriza dano moral ao empregado não é a simples conduta do empregador que procede à revista pessoal, mas a forma constrangedora com que isso ocorre, como no caso de ser feita em local visível à clientela” (TRT

12ª R – RO-V 01474-2004-014-12-00-8. 1ª Turma – Rel. Juiz Edson Mendes de Oliveira – J. 03.08.2005).

Antônio Carlos de Oliveira, em estudo específico quanto ao tema em questão, frisa que a revista somente podem ser realizadas dentro do organismo empresarial, sob a justificativa de que se fundamenta no direito de propriedade e a subordinação do empregado (2011, 124). *Alice Monteiro de Barros* acrescenta que, havendo suspeitas, fora das dependências da empresa o empregador deverá recorrer às autoridades competentes (BARROS, 2009, p. 78).

Quanto ao momento de realização, impõe-se a adoção de critérios objetivos, como entrada e saída (OLIVEIRA, 2011, p. 124). Há autores, todavia, que se reportam a alguns casos excepcionais da possibilidade durante a execução do serviço, e nesse sentido vale a transcrição:

“(...) justifica-se, excepcionalmente, não só em face da intensificação do fenômeno terrorista do mundo, mas também porque, em determinadas atividades (minas, por exemplo), deverá ser evitada a introdução de objetos como explosivos ou outro objeto capaz de colocar em risco a segurança das pessoas ou o patrimônio empresarial” (BARROS, 2009, p. 78).

Circunstância importantíssima a ser observada é a exigência da revista ser realizada por pessoas de mesmo sexo, sem desnudamento e inspeção direta sobre o corpo (OLIVEIRA, 2011, p. 126). Neste caso, a análise deve ser rápida o suficiente para a constatação que se propõe, o que significa que as revistas demoradas, detalhadas ou minuciosas submeterão o empregado a situação vexatória e constrangedora, pois poderá dar ensejo à interpretação como suspeita.

Acrescenta o autor que o desnudamento não deve ser considerado como permitido, ainda que se tratem de pessoas de mesmo sexo, por implicar desqualificação na técnica de ponderação de interesses, acarretando a quebra da unicidade do sistema constitucional, e no permissivo do abuso de direito do empregador (*Ibid*: 2011, p. 126). No mesmo sentido *Alice Monteiro de Barros* (2009, p. 79). Esclareça-se, nesse viés, que a mencionada professora ressalta a questão da intensidade do exame. Assim, o apalpar, entendido como toque físico respeitoso sem fins libidinosos, implica na efetivação da revista pessoal e portanto não seria ilegal.

Hodiernamente, entretanto, entendo que este procedimento não mais se justifica face à avançada inovação tecnológica que pode perfeitamente ser utilizada,

como aparelhos que em contato próximo ao corpo da pessoa, detectam objetos suspeitos, inclusive com muito mais eficiência. Toma-se como exemplo o utilizado em aeroportos quando o detector de metais acusa suspeita de objeto.

Fixados os critérios, vale observar como a jurisprudência tem firmado entendimento sobre a questão, sendo válido concluir o presente tópico no sentido de que os parâmetros ora observados não se esgotam, sendo oportuna a verificação da abusividade ou não em cada caso concreto, face a complexidade das relações jurídicas, da continuidade da evolução tecnológica, da observância obrigatória da boa fé objetiva e dos limites que envolvem o poder de direção do empregador, tendo-se em vista o direito à intimidade do trabalhador, que, por sua vez, encontra fundamento na proteção à sua dignidade. A respeito do assunto em tela, colaciona-se alguns acórdãos que reforçam essa idéia.

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA VISUAL. BOLSAS, SACOLAS E MOCHILAS. O contrato de trabalho tem natureza subordinativa, na qual o empregador detém o poder diretivo, que se exterioriza no comando da prestação dos serviços, no entanto é dever do empregador usar, e não abusar, do seu poder diretivo, uma vez que deve na relação de trabalho estar presente o respeito à dignidade humana e a mútua colaboração. Ao nosso sentir, ainda que a reclamada proceda apenas o contato visual nos pertences dos trabalhadores, mesmo não ultrapassando esse limite, o procedimento já invade a privacidade, que por essa razão os funcionários devem ficar atentos ao conteúdo de suas bolsas diariamente, acrescido ao fato de que não podem se esquivar do procedimento. Recurso demandado improvido.”(TRT 8ª R. 4ª Turma. Proc. nº 0000578-58-2011.5.08.0121-RO. Rel. Pastora do Socorro Teixeira Leal.)

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA. REVISTA VISUAL DE MOCHILA NA SAÍDA. O contexto probatório deixou evidente que a empregadora não submetia seus empregados à revista íntima. A instrução processual demonstrou que a reclamada utilizava procedimento aceitável para proteger seu patrimônio, determinando que os vigilantes realizassem apenas uma revista visual e superficial nas bolsas e sacolas de seus empregados ao final do expediente, sendo as mesmas abertas, ocasião em que os vigilantes apenas observavam o conteúdo, sem provocar ofensa à intimidade e dignidade do trabalhador. Aplicação do art. 373-A, VI, da CLT. Sentença confirmada.” (TRT 8ªR. 2ª Turma. Proc. nº 0000875-08-2010.5.08.0119. Rel. Elizabeth Newman).

“EMPRESA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E MEDICAMENTOS. REVISTA DIÁRIA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. A realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana no cotidiano das relações trabalhistas pressupõe,

ao lado da proibição da transferência do risco empresarial ao empregado, que não haja violação da intimidade do empregado por meio de tratamento degradante, independentemente de a natureza das atividades laborais demandar cuidados especiais na guarda das mercadorias e precauções de segurança. Nesse contexto, tendo sido comprovado que o procedimento da revista exigia, como medida de segurança, que o Reclamante ficasse de roupa íntima na frente de outras pessoas, resta configurado o dano moral a ensejar a indenização do Reclamante, porquanto a autorização expressa dos empregados não afasta a abusividade dos meios utilizados pela Reclamada. Recurso de revista parcialmente conhecido e desprovido. “ (PROC: RR – 1620/2005-009-15-00, PUBLICAÇÃO: DJ – 25/04/2008. Rel. Ives Gandra Martins Flho.).

“DANO MORAL – REVISTAS EM BOLSAS E MOCHILAS DOS EMPREGADOS – NÃO CONFIGURADO – *É lícito o procedimento da reclamada de realizar revistas em bolsas e mochilas dos seus empregados. À reclamada cumpre zelar pelo seu patrimônio podendo usar, para tanto, do seu direito de fiscalização, neste incluído o direito de proceder revistas em seus funcionários, desde que estas não atinjam a intimidade, dignidade e auto-estima dos mesmos. Não se trata de imputar qualquer pecha aos empregados ou de expô-los a situação vexatória, mas uma regra interna de procedimento, que visa justamente resguardar o patrimônio e a “saúde” financeira da empresa, o que é de interesse inclusive dos empregados que dependem financeiramente da empregadora. Nunca houve lesão à intimidade ou à dignidade dos empregados, já que a revista limitava-se à averiguação do conteúdo de bolsas e mochilas. O reclamante nunca foi obrigado a tirar a roupa, sapatos, tampouco, foi tocado por outro funcionário. Neste escopo, o procedimento de revistar bolsas e mochilas dos funcionários não se traduz numa prática abusiva ou discriminatória que tenha atingido o reclamante em seu íntimo. Tanto é assim, que o procedimento atingia indistintamente todos os funcionários.” (TRT9ª R. – Proc. 01425200266109006 – 225662003 – Rel. Juiz Sergio Murilo Rodrigues Lemos – DJPR 10.10.2003).*

5.2. USO DO COMPUTADOR, DA INTERNET E CAIXA DE E-MAIL

É público e notório que a adoção da tecnologia informática trata-se de realidade sem volta, de forma que, diante da sociedade globalizada em que se vive, a utilização do computador, da *internet* e correspondência eletrônica no âmbito das empresas é imposição e não mais opção, quer em face as exigências do mercado, quer pela rapidez que se espera do conteúdo e a evolução dos trabalhos como forma eficiente de realizar e dinamizar atividades com a utilização dessas novas tecnologias.

Entretanto, com o uso desses instrumentos tecnológicos, observam-se possíveis ofensas ao direito à intimidade e vida privada do trabalhador pelo uso da informática, pois por meio desse mecanismo o empregador poderá ter acesso a informações de cunho pessoal do empregado sem que, muitas vezes, este sequer tenha ciência de tal fato. É certo, porém, que a utilização de tais equipamentos deve ser destinada à consecução do trabalho, dos objetivos empresariais, mas nem sempre é possível vedar de forma absoluta a comunicação pessoal do empregado.

Nesse sentido, é imperioso destacar que a relação entre as novas tecnologias, os direitos da personalidade e o poder de direção do empregado, devam estar pautadas pelo equilíbrio, pela harmonização dos direitos em questão. É sobre isto que versará o presente tópico.

Diante da necessidade da utilização da *internet* no ambiente de trabalho, o computador, o acesso a rede mundial e a correspondência eletrônica passaram a ser ferramentas indispensáveis na sociedade moderna. Isso ocorre na compra e venda de mercadorias, utilização e requisição de serviços, reclamações, atividades e correspondências que passaram a ser realizadas por meio de *e-mail* são alguns exemplos utilizados pelas empresas em geral.

Como parte desse processo, os empregadores frequentemente disponibilizam aos seus empregados computadores com acesso à rede mundial (*internet*) como ferramenta de trabalho, visando propiciar trabalho com maior rapidez, presteza e qualidade no desenvolvimento da atividade econômica. Ao mesmo tempo, empregadores, utilizando-se de seu poder diretivo, monitoram essa atividade, quer na *internet*, quer nos *e-mails* dos empregados, com a principal finalidade de verificar se o tempo gasto estava sendo realizado em prol do trabalho ou para fins particulares e, mais ainda, se os *e-mails* enviados e recebidos encontram-se de acordo com as orientações da empresa, ou não.

A justificativa em geral fundamenta-se no poder de direção, mais especificamente no poder de controle, e consiste em evitar também o mau uso dos computadores, como acesso a *sites* pornográficos e humorísticos, mensagens ofensivas, perda de tempo e produtividade pelo acesso a redes sociais, dentre outros problemas que, ao prejudicar terceiros, responsabilizam à empresa pelos atos

praticados por seus funcionários e/ou prepostos, na forma do Código Civil, art. 932, III.³⁵

A problemática que se apresenta é: o monitoramento feito pelo empregador fere direitos fundamentais, como o do sigilo da correspondência e comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII da CF/88) ou à intimidade e vida privada do empregado (art. 5º, inciso X da CF/88)? Havendo a possibilidade do monitoramento, seria ele ilimitado ou limitado?

Com relação ao uso do computador, a primeira observação que se deve fazer é a de que o equipamento constitui ferramenta de trabalho, e como tal, sujeito a controle, com fundamento no poder de direção do empregador. Entretanto, ainda que suscetível a mecanismos de fiscalização, estes devem estar pautados nos princípios norteadores desse poder, especialmente o da boa fé, proporcionalidade e a preservação da dignidade dos trabalhadores.

Nesse sentido e visando à preservação de direitos, a intenção e propriamente a existência de limitações do empregador ao uso do computador pelo empregado torna imprescindível a ciência prévia deste. Na falta de proibição ou limitação, é lícito o uso pessoal do computador pelo empregado, desde que não comprometa a atividade produtiva na empresa, face o princípio da legalidade consagrado em norma constitucional.

Nada impede, porém, que, verificada a desídia do trabalhador no exercício de sua função pelo uso indiscriminado do computador para fins pessoais em prejuízo do trabalho a ser exercido, que o empregador se valha de mecanismos legais para punir o empregado, como a advertência, a suspensão disciplinar ou até mesmo pela adoção da despedida por justa causa, com base no art. 482, alínea e da CLT, conforme o caso.

Sabe-se porém, que, o uso do computador não se resume à utilização da ferramenta por si só; isso porque ele permite o acesso à rede mundial – *internet*, e ao correio eletrônico (caixa de *e-mail*), cuja análise será melhor especificada a seguir.

Primeiramente destaca-se que não há uniformidade na doutrina quanto à natureza jurídica do *e-mail*. Uns o equiparam a uma correspondência postal, outros a

³⁵ Art. 932 (...) III – São também responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Nos mesmos termos essa responsabilidade já foi pacificada pelo STF ao editar a súmula 341, dispondo que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

uma simples transmissão de dados. Esclarece-se que estabelecer essa distinção é fundamental, vez que a CF/88 assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, na forma da lei (art. 5º, inciso XII). Assim, estariam os *e-mails* protegidos pelas leis que tratam desse preceito constitucional?

Foram editadas as leis nº 6.538/78 e 9296/96. A primeira dispõe sobre serviços postais e a segunda sobre comunicações telefônicas, em especial da possibilidade de interceptação para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

O art. 7º da lei nº 6.538/78, (lei que dispõe sobre serviços postais), enumera como correspondência postal: carta, cartão-postal, impresso, cecograma, pequena-encomenda. Como o e-mail não está mencionado conclui-se não se tratar de correspondência postal.

O art. 47 da citada lei define cada um dos itens expostos no parágrafo anterior, dispondo que “carta” é *“objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário”*, e “correspondência” é *“toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio carta, através da via postal, ou por telegrama”*.

Apesar de não ficar claro se esse rol é exemplificativo ou taxativo, e considerando o fato da lei ser da década de 70, época em que as correspondências eletrônicas não traduziam o significado que possuem hoje na vida das pessoas, entendo ainda assim as correspondências eletrônicas não estão protegidas pela lei ora citada por vários fundamentos.

Primeiramente, a lei 6538/78 prescreve que os serviços postais são explorados com exclusividade pela União ou empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações. A *internet* não pertence à União, sequer ao Brasil; trata-se de uma rede mundial de comunicação. O Código Penal, no art. 151, dispõe acerca da violação de correspondência, referindo-se à “correspondência fechada”, onde preceitua: *“Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem. Pena de detenção, de 1 (um) a seis meses, ou multa”*.

Na doutrina, *Alexandre Agra Belmonte* (2004, 1040) e *Sérgio Ricardo Gonçalves* (2002), estabelecem a diferença entre correio eletrônico e convencional, sustentando que aquele refere-se apenas a um meio de comunicação, um

intercâmbio de mensagens eletrônicas enviadas e recebidas num ambiente virtual. No mesmo sentido *Mário Antônio Lobato Paiva* ressalta que não se deve aplicar ao *e-mail* a legislação direcionada ao correio postal “*uma vez que as condições de envio e a questão da propriedade dos meios utilizados, dentre outros fatores, não podem ser considerados da mesma forma*”. (PAIVA, 2002).

Acredita-se que o mencionado autor refere-se às especificidades inerentes ao correio eletrônico, a começar pelo fato de a existência de correio eletrônico demandar a necessidade de computador ligado a linha telefônica, em que a pessoa manda mensagem para o endereço eletrônico de outra. Em questão de segundos essa mensagem fica disponível numa “caixa postal”. Como visto, esse envio de mensagem não se coaduna com o “longo” percurso de um serviço postal. Sem falar que o direcionamento da mensagem eletrônica também envolve provedores de acesso, de sorte que a falta de materialidade pode facilitar e muito a visualização das informações por técnicos especializados bem como a administração do conteúdo das informações.

Por isso é que muitos problemas também surgem diante do avanço tecnológico, dentre os quais destacam-se a existência de *spams* e vírus existentes no conteúdo das mensagens. Além disso, vale destacar que a carta é paupável, materializada, enquanto o *e-mail* é virtual, não paupável.

Em Congresso de Direito Eletrônico realizado na cidade de São Paulo em 2000, o Ministro Nelson Jobim apresentou entendimento do STF sobre o tema, no sentido de não considerar a violação do *e-mail* como correspondência, mas sim como ofensa à privacidade, não o equiparando, portanto, a uma carta. (GONÇALVES:2002).

Outra controvérsia exposta pela doutrina diz respeito ao fato de a comunicação entre *e-mails* depender de conexão a aparelho telefônico, configurando-se uma espécie de comunicação telefônica. A parte final do inciso XII do art.5º da CF/88 menciona que a regra da inviolabilidade deste tipo de comunicação apenas poderá sofrer restrição por ordem judicial. E nesse sentido a lei nº 9.296/96, que regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas, estendeu a interceptação em sistemas de informática e telemática no art. 1º parágrafo único.

Sandra Lia Simon, citando *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Andrade Nery*, argumenta porém que, o mandamento constitucional somente permite a

interceptação por voz, entre as pessoas. Ou seja, as demais comunicações pela via telefônica como *modem, internet, fac símile*, não podem ser interceptadas, entendendo ser inconstitucional a ora citada parte final do art. 1º, parágrafo único, especificamente com relação a extensão referida no parágrafo anterior deste trabalho, da qual entende ser inconstitucional (NERY JUNIOR E ANDRADE NERY, *apud* SIMON, 2000, p. 160). Em seguida, finaliza:

“ Assim, ainda que o e-mail seja uma espécie de comunicação telefônica, não poderá ser interceptado, nos termos da lei nº 9296/98, em flagrante inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º. O vício apontado é patente, pois, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, de todas as modalidades de comunicação protegidas pelo art. 5º, XII, correspondência, telegrafia, dados e telefonia, apenas a última tem a característica da instantaneidade, já que a comunicação só existe enquanto ocorre, de maneira que, “encerrada, não deixa vestígios no que se refere ao relato das mensagens e aos sujeitos comunicadores. É apenas, possível, a posteriori, verificar qual unidade telefônica ligou para outra. A gravação de conversas telefônicas por meio do chamado ‘grampeamento’ é, pois, uma forma sub-receptícia de violação do direito ao sigilo da comunicação, mas, ao mesmo tempo, é a única forma tecnicamente conhecida de preservar a ação comunicativa. Assim, ainda que o e-mail seja uma espécie de comunicação telefônica, não poderá sofrer a restrição prevista pelo constituinte.” (SIMON, 2000, p. 160).

Em virtude de todos esses argumentos, defende-se a diferença entre correio eletrônico e tradicional, observando-se para ambos a proteção referida no art. 5º, X da CF/88, bem como a contida no art. 5º, XII da CF/88. E vale esclarecer, para todos os efeitos, que não há a intenção de se tutelar a não aplicabilidade do inciso XII do art. 5º da CF/88 para o correio eletrônico, mas apenas considerar que a regulamentação existente, por ser antiga e não atender às especificidades inerentes a essa espécie de comunicação, é insubsistente para aplicação ao correio eletrônico, principalmente pelo modo de execução da transmissão de dados, face ao correio postal, ser completamente diferente no correio eletrônico.

Assim sendo, não se deve deixar de cogitar que o correio eletrônico é uma forma de comunicação com transmissão de dados, e, ainda que virtuais, considera-se abarcada pelo conceito literal do mencionado inciso. Deve o operador do Direito, assim, valer-se de construções doutrinárias e jurisprudenciais visando à preservação da garantia constitucional, que tem eficácia imediata.

Da mesma forma como ocorre com o direito ao sigilo, é a preservação da privacidade do cidadão que se visa garantir com a proteção das correspondências eletrônicas. Nesse sentido esclarece *Uadi Lammêgo Bulos*:

“Quando a Carta Magna protege o sigilo está, na realidade, resguardando a privacidade do homem em suas relações familiares e domésticas, proibindo todo tipo de investida contra a sua integridade física, psíquica, intelectual e moral. O direito ao sigilo procura, pois, evitar afrontas à honra, à reputação, ao bom nome, à imagem física e social das pessoas, deixando-as a salvo de informações comprometedoras de sua intimidade” (BULOS, 2007, p. 442).

Todavia, é necessário ressaltar que essa garantia constitucional não deve ser considerada absoluta face a existência de outros direitos, além da complexidade que envolve o tema, principalmente considerando as especificidades decorrentes de uma relação de emprego em que existe a figura do *e-mail* corporativo e pessoal como forma de transmissão de informações em geral.

Visto isso, passa-se a examinar a possibilidade ou não, de controle nos *e-mails*, pelo empregador, no ambiente de trabalho. Para tanto é necessário a distinção entre “*e-mail* corporativo” e “*e-mail* pessoal” do empregado. De acordo com *Marlon Murali*:

“o e-mail pessoal é aquele em que a pessoa por livre e espontânea vontade contrata o serviço, que pode ser oneroso ou gratuito, fornecendo dados pessoais, criando seu nome de usuário da forma que lhe aprouver. Serve para que se mantenha contato com quem desejar, como familiares, amigos, entre outros. Já o e-mail corporativo é fornecido pelo empregador, em virtude das necessidades da atividade e da confiança depositada no empregado, para exercício exclusivo das suas funções. Toda a estrutura telemática é garantida pelo empregador (provedores, computadores, modems, domínios etc.), podendo, inclusive, determinar o “nome de usuário” que será utilizado pelo empregado, de acordo com as finalidades e interesses empresariais” (MURALI, 2008, p. 123).

A distinção se faz relevante por partir-se do pressuposto que o fundamento do poder de direção é o direito de propriedade com relação aos meios de produção utilizados na empresa, pelo que se conclui que, no uso de tais meios, justifica-se o poder de controle, mormente porque o empregador também é quem arca com os riscos da atividade econômica. Assim, pode se concluir em princípio que, apenas o *e-mail* corporativo é que pode ser enquadrado como ferramenta de trabalho, suscetível de controle, em virtude dos meios a que o servem serem de propriedade do

empregador, que utiliza de tal ferramenta para facilitar o meio de comunicação do âmbito empresarial, disponibilizando ao empregado com a finalidade da prestação do trabalho. A possibilidade de controle, neste caso, também pode ser justificada pelo fato de ser o empregador o ente responsável de forma objetiva pelos atos de seus empregados que causem prejuízo a terceiros com fundamento na culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Essa responsabilidade objetiva é abarcada pela súmula n. 314 do Supremo Tribunal Federal - STF que assim dispõe: “*é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*” De toda a sorte, e independente da controvérsia em relação à equiparação, ou não, do correio eletrônico ao correio postal, é evidente que há a possibilidade das mensagens eletrônicas, cujo conteúdo esteja relacionado a atividade laboral, serem suscetíveis de serem examinadas pelo empresário, estando a proteção inerente ao sigilo das correspondências na forma do art. 5º, XII da CF/88 abrangida especificamente ao *e-mail* pessoal, não ao *e-mail* profissional. Entretanto, ainda que se considere a possibilidade de controle quanto a este, se fez necessário os seguintes esclarecimentos, já que também não deve ser exercido de forma absoluta.

No âmbito jurisprudencial, os Tribunais em geral tem considerado a possibilidade de controle o *e-mail* corporativo, entendimento com o qual concordo, mas desde que observados os limites do poder de direção do empregador, a fim de se preservar a dignidade da pessoa humana, conforme segue.

“PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA ILÍCITA ACESSO PELO EMPREGADOR A CAIXA DE E-MAIL CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST. 1. Consoante a diretriz da Súmula 126 do TST, é incabível o recurso de revista para reexame de fatos e provas. 2. 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 à utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de e-mail fornecido pelo empregador aos seus empregados. Agravo de instrumento desprovido” (TST – 7ª T – AIRR-1.542/2005-055-02-40.4 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DO 6/6/2008).

O TST tem se manifestado nesse sentido também em outros julgados. Por exemplo, ao julgar improcedente pedido de indenização por dano moral de ex-empregado que teve o *e-mail* investigado pela empresa (RR 9961/2004-015-09-00.1 7ª T. DJ 20/02/09). No caso a empresa justificou haver suspeita de que o trabalhador enviava pelo *e-mail* corporativo mensagens pornográficas e de piadas. O trabalhador perdeu a causa na 15ª Vara do Trabalho de Curitiba e, depois, no Tribunal Regional do Trabalho – TRT da 9ª Região, que proferiu decisão segundo a qual apenas o *e-mail* pessoal do empregado possui a proteção constitucional da inviolabilidade da correspondência. Assim sendo, se o meio de comunicação é institucional não existe violação de sigilo de correspondência pela própria empresa. Durante o julgamento do caso pela sétima turma, o ministro *Pedro Manus* lembrou que “o *e-mail* protegido constitucionalmente é o pessoal”. Os ministros acompanharam o voto do relator e rejeitaram o recurso.

Outro julgamento considerou a possibilidade de dispensa por justa causa em virtude da má utilização do *e-mail* corporativo no exercício de suas funções com o envio de fotos pornográficas para outros colegas de trabalho (Recurso de Revista n. 613/2000-013-10.00.7 1ª T. DJ 10/06/2005), cujo relator foi o Ministro João Oreste Dalazen).

O fato de o empregador deter a propriedade dos meios de produção não o autoriza, de forma indiscriminada, o poder diretivo absoluto, pois este deve ser exercido nos limites de sua função social. Assim é que, apesar de existir a possibilidade de controle do *e-mail* corporativo, devem ser estipulados limites ao exercício desse poder, cuja análise pelo Poder Judiciário se faz necessária por não se permitir afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

E para finalizar, com relação ao uso da *internet*, considera-se a possibilidade de monitoramento no ambiente de trabalho desde que a permissão de acesso derive do uso da estrutura empresarial, pelos mesmos fundamentos mencionados com relação ao *e-mail* e uso do computador. Entretanto, em respeito à privacidade e intimidade do trabalhador, se o empregador permite o acesso livre e irrestrito, o que não é raro hoje em dia, e que se presume na falta de proibições e limitações de acesso, a ingerência fiscalizatória é ilícita, por não ser compatível com os limites ao poder de direção do empregador, em especial a boa fé, proporcionalidade e respeito à dignidade humana.

De outra sorte, e considerando a máxima de que as liberdades públicas não estão suscetíveis a acobertar atividades ilícitas e /ou irregulares, não há ilicitude, caso o empregador se utilize do direito ao monitoramento, quer pelo bloqueio ao acesso a alguns *sites*, quer se valendo de programas específicos que indiquem o número de horas de conexão a páginas não relacionadas ao trabalho, freqüência de acesso, ou outros similares, desde que se estabeleça uma política interna geral e objetiva com relação ao seu uso, da qual os empregados possuem o direito de obter ciência prévia, seja no contrato de trabalho, seja pela assinatura de termos de responsabilidade identificando as práticas de uso pessoal não permitidas, a possibilidade de monitoramento e, sua abrangência.

Essa prática faz-se necessária em virtude da existência de direitos fundamentais, em especial o direito à privacidade e intimidade, pois, na dúvida, a liberdade é presumida, e estando em jogo direitos fundamentais deve-se estabelecer um mecanismo de ponderação com a adoção, por exemplo, de critérios

proporcionais visando a preservação dos direitos em questão. Nesse sentido *Mário Paiva* aduz:

“O exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador não pode servir em nenhum momento para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais do trabalhador, nem a sanção do exercício legítimo de tais direitos por parte daqueles. Nos casos em que surjam conflitos aonde hajam direitos fundamentais em questão – como o direito a intimidade e o segredo das comunicações – deve ponderar-se, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, como medida de respeito ao direito. Aplicando este princípio será possível conciliar direitos sem que os mesmos tenham o condão de lesionar garantias previstas quando forem confrontados. (PAIVA, 2002).

Mauro César Martins de Souza, citado por *Oraci Maria Grasselli*, argumenta pela necessidade de adoção de uma política efetiva de comunicações eletrônicas em geral, como nos EUA, adaptada às particularidades de cada região, com expressa anuência dos empregados. O referido autor, nesse contexto, aponta alguns elementos essenciais, que pela importância e natureza deste trabalho, serão transcritos a seguir:

a) Declaração de que a rede computacional é de propriedade da empresa; b) garantir o direito de monitorar e interceptar o correio eletrônico; c) declaração de que a correspondência eletrônica pode não ser apagável; d) proibir a transmissão de declarações sexualmente ofensivas, agressivas ou difamatórias; e) proibir a cópia, distribuição ou impressão de material protegido por direitos autorais; f) proibir o uso da rede para atividades ilegais ou que interfiram no trabalho dos outros; h) proibir o uso dos equipamentos computacionais da empresa para conseguir acesso não autorizado a qualquer outro computador, rede, banco de dados ou informação guardada eletronicamente (conhecido como *hacking*). (MARTINS DE SOUZA, 2008, *apud* GRASELLI, 2011, p. 84).

Além destes aspectos, acrescentaria as observações e indicações aqui já feitas, e que podem, no caso concreto, serem facilmente adaptadas devido às particularidades de cada empresa.

Conclui-se, em suma, que a fiscalização com relação ao uso do computador, caixa de *e-mail* e *internet* coaduna-se com o exercício do poder de direção do empregador, estando especificamente ligado ao poder de controle, desde que tais objetos sejam qualificados como ferramentas de trabalho. De outra sorte, esse poder encontra limites, o que significa que o exercício dessa fiscalização deve ser razoável,

harmonizando-se com os princípios norteadores inerentes ao poder de direção, para que então possam ser fixados parâmetros fiscalizatórios que não invadam a intimidade e a vida privada do trabalhador.

5.3. APARELHOS AUDIOVISUAIS

Sabe-se que o mercado em geral tem cada vez mais exigido serviços e produtividade com mais qualidade e efetividade, face à própria complexidade das relações jurídicas. Nesse sentido, existem aparelhos tecnológicos que sem dúvida ajudam na fiscalização do processo produtivo a ser realizado pelo empregador como importante ferramenta de controle no ambiente de trabalho, dos quais a utilização de aparelhos audiovisuais é exemplo. Considera-se aparelhos audiovisuais para esses efeitos, todo e qualquer aparelho tecnológico que permita a visualização de imagens e/ou escuta de ruídos e vozes, como câmeras de vídeo, circuito interno de televisão, observações telescópicas, escutas telefônicas, gravadores em geral, dentre outros similares.

Em geral, a doutrina e a jurisprudência enfatizam a não proibição pela legislação brasileira da utilização desse tipo de aparelho.³⁶ Entretanto, há ressalvas quanto à utilidade destes equipamentos, em especial quanto aos seus objetivos, pois devem estar voltados ao melhor funcionamento do processo produtivo, à tutela do patrimônio empresarial e à segurança das pessoas.

Assim, o monitoramento à distância, se de acordo com as finalidades consideradas lícitas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, pode ser feito pelo empregador, pois em alguns setores essa fiscalização é considerada essencial frente à necessidade de proteção ao patrimônio empresarial, como no caso de lojas de jóias e metais preciosos, ou de objetos pequenos, mas valiosos. A respeito pronuncia-se *Marlon Murali*:

“No tocante à utilização de monitoramento à distancia, via circuito interno de televisão ou rastreamento por satélites, em princípio, não há obstáculo para sua utilização, mesmo porque a legislação brasileira não possui previsão específica a respeito, diferentemente do Código do Trabalho português e do Estatuto do Trabalhador italiano.

³⁶ Alice Monteiro de Barros, Sandra Lia Simon, Laert Mantovani Junior, Marlon Murali, dentre outros.

A questão a ser considerada, em cada caso concreto, é a necessidade da implantação de tal controle, para a proteção do patrimônio do empregador ou para preservação da segurança no ambiente de trabalho ou fora dele, bem como a possibilidade de se adotar outro meio para a fiscalização, menos invasivo. Assim, se for essencial o controle da atividade dos empregados, por exemplo, que lidam com pedras ou metais preciosos de pequeno porte, ou pequenos componentes eletrônicos ou informáticos, o direito à autonomia privada do empregador deve prevalecer ao direito à privacidade no trabalho, sempre nos limites da razoabilidade e proporcionalidade, atendendo o postulado da dignidade.” (MURALI, 2008, p. 114).

Interpretando-se teleologicamente a transcrição acima, pode-se deduzir, que, apesar de se entender tal mecanismo como legal, o que é correspondido também pela jurisprudência, não pode jamais ser utilizado para observação de caráter privado e íntimo do trabalhador. E considerando este parâmetro, pode-se atestar que o controle visual e/ou auditivo não é absoluto, de forma a registrar todo e qualquer ato dos empregados, bem como locais que, por excelência, são privativos dos funcionários, como banheiros, refeitórios, vestuários, locais destinados ao descanso, dentre outros análogos.

“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. Processo: RR976-82.2010.5.11.0015 Data de Julgamento: 31/08/2011, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011.

“DANO MORAL. SUA CONFIGURAÇÃO. Configura-se o dano moral trabalhista quando a reputação, a honra, a dignidade da pessoa são atingidas por ato de abuso de poder ou acusação infundada no âmbito da relação de trabalho. No presente caso, no meu entendimento, a situação não se configura em abuso de poder da reclamada. Essa providencia, instalação de microcâmera nas entradas e nos ambientes das empresas e até dos condomínios residenciais, é visando um maior controle da segurança desses locais. Isso não agride e nem atinge a honra e nem a dignidade das pessoas, ao contrário, é um mecanismo a mais na segurança.” TRT 8ª. R. RO 1805/2002 Rel. José Edílson Eliziário Bentes, 2ªT.

Os locais privativos dos empregados no ambiente de trabalho são aqueles em que não há dúvida de que o direito à intimidade e privacidade deve prevalecer ao

poder de direção do empregador, pois normalmente tais espaços não são destinados ao trabalho, não possuem objetos valiosos passíveis de fiscalização com fundamento na proteção do patrimônio, e são restritos ao acesso dos funcionários, ou seja, estão alheios à razão e a própria justificativa que norteia a não proibição da utilização desses equipamentos.

Nesses locais privativos os trabalhadores devem sentir-se livres de controle, pois, condizente com a própria atividade que prestam, sabe-se que de uma forma ou de outra a fiscalização é inerente nos demais espaços, considerados públicos. Ainda é necessário observar que nos locais privativos, em geral não existem os fundamentos que justificam o poder de controle do meio ambiente de trabalho, pois normalmente não é nesses locais em que guardam mercadorias, bem como são de uso e entrada restrita de funcionários, o que significa que o fundamento “segurança das pessoas” é minimizado. Assim tem entendido a jurisprudência:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL RECONHECIDO. RATIFICAÇÃO. Nos termos do eg. Regional, revelando-se incontroversa a instalação de equipamentos câmeras de filmagem nas dependências dos banheiros de utilização dos empregados, mais especificamente na porta de entrada dos vasos sanitários e mictórios, tal situação, por si só, gera constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral. [...] Diante desta constatação, não se tem dúvida de que a instalação das aludidas câmaras configura prática de ato lesivo desrespeito à dignidade e intimidade do trabalhador que gerou constrangimento moral e social, caracterizando o dano. Basta imaginar que, ao ir ao banheiro, a fim de satisfazer suas necessidades fisiológicas, esteja sendo filmado, para conhecimento do patrão e demais interessados. Ainda que seja admitida a culpa da empresa contratada, não há como afastar a responsabilidade patronal, cuja culpa decorre da negligência de não ter monitorado a prestação de serviço contratado. O ato negligente permitiu a instalação de câmaras) (verdadeiras ou falsas, não importa, porque a consequência é a mesma) no ambiente de trabalho do reclamante, provocando, repita-se, constrangimento moral e social, além de ser vexatório.[...]” (Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 1926/2003-044-03-40.6. 3ª T. Relator: Juiz convocado Ricardo Machado. 22 Abr. 2005.).

“EMENTA: PODER DE DIREÇÃO. USO DE APARELHOS AUDIOVISUAIS EM SANITÁRIOS. INVASÃO DA INTIMIDADE DO EMPREGADO. A legislação brasileira permite que o poder de fiscalização conferido ao empregador, em determinadas circunstâncias, se verifique, por meio de aparelhos audiovisuais, como decorrência do avanço tecnológico, desde que o empregado deles tenha ciência. Inadmissível é entender que o conjunto de locais de estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução desses aparelhos, indistintamente, como

nobanheiro, lugar que é privado por natureza. A utilização decâmera de vídeo nos sanitários gera compensação por dano moral, em face da flagrante violação ao direito à intimidade do empregado, assegurado por preceito constitucional (art. 5º, X) e conceituado como a faculdade concedida às pessoas de se verem protegidas "contra o sentido dos outros, principalmente dos olhos dos outros". A vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que usada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização. Instalação de aparelho audiovisual no banheiro caracteriza o que a OIT denomina "química da intrusão", comportamento repudiado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional." (Trt 3ª Região. Recurso Ordinário 00117-2004-044-03-00-3. 2ª T. Relatora: Juíza Alice Monteiro de Barros. DJMG 25 Ago. 2004).

Outra questão interessante é a vigilância no ambiente de trabalho. Nesse aspecto entendo que o controle por meio de equipamentos audiovisuais não deve estar pautado em conhecer a forma como o empregado pensa ou com quem conversa, sobre quem ou o que está falando, ou de forma veemente a "achar" falhas diversas dos empregados, como por exemplo, destinada ao controle de seus erros, ou mesmo pautada com rigor excessivo, como o caso de uma recepcionista permanecer, durante toda a jornada, sob a mira de uma máquina filmadora. Neste caso, há doutrinadores que inclusive tem considerado a possibilidade de a empregada reclamar na Justiça do Trabalho rescisão do contrato de trabalho por dispensa indireta com base no art. 483, d da CLT. (SÍMON, 2000, p. 155).

Tais condutas infringem o princípio da boa fé objetiva, e a confiança recíproca que deve pautar o contrato de trabalho, além da própria intimidade do trabalhador, que não pode ser tolhido à sua manifestação de pensamento, independente se esta forma de pensar coaduna-se ou não com a vontade do empregador.

A ânsia do empregador em tomar conhecimento de todos os atos, movimentos e até palavras dos empregados no ambiente de trabalho os deixa em estado de tensão contínua pela possibilidade de censura. Trata-se de atitude retrógrada, cuja conseqüência é a falta de motivação ao trabalho. Tal prática, portanto, deve ser considerada abusiva e considerando todos os fatores que norteiam e fundamentam o poder de direção do empregador, observa-se que não encontram respaldo no poder diretivo ou no estado de subordinação do trabalhador, por ferir sua intimidade. Isso sem falar que muitas dessas condutas podem chegar a caracterizar, dependendo do grau de abuso, verdadeiro assédio moral.

Outra circunstância a ser observada pela doutrina é a necessidade de ciência dos trabalhadores de que estão sendo filmados por aparelhos audiovisuais. Isso se faz necessário em prol dos próprios objetivos e fundamentos do monitoramento, quais sejam, o controle da atividade laboral para avaliação do processo produtivo, proteção do patrimônio empresarial e segurança das pessoas, o que significa não estar voltada para espionagens.

A doutrina ainda enfatiza a necessidade da ciência da instalação desses equipamentos pelos empregados, até para evitar situações inocentes, constrangedoras, que passariam despercebidas se inexistisse o referido controle. (SIMON, 2000, p. 154). A jurisprudência em geral tem considerado a importância, estabelecendo uma condição *sine qua* para o exercício regular desse direito do empregador.

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

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

“DANO MORAL. CAPTURAÇÃO E OBSERVAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS. IÇÍCITO COMETIDO POR OUTRO EMPREGADO, RESPONSABILIDADE DA EMPREGADORA. A observação da intimidade da empregada, mediante a instalação de câmera no banheiro feminino do local de trabalho, configura invasão da privacidade e lesa o direito à intimidade, impondo o reconhecimento do direito à indenização por dano moral. Praticado o ilícito por preposto da reclamada, ressaí tranqüila a sua responsabilidade pela reparação. (CCB, art. 932, inciso II).” TRT 10ª R. 3ª T. RO 01167-2005-103-10-00-3 – Rel. Braz Henrique de Oliveira – j. 07/06/2006.

Para finalizar o presente tópico, vale acrescentar uma forma que tem sido utilizada como prática em que o mal uso importa em ofensa à privacidade e

intimidade dos trabalhadores, denominada escuta telefônica. Consoante disposição constitucional (art. 5º, XII), as comunicações telefônicas são consideradas invioláveis, exceto por ordem judicial, nas hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Com relação ao tema, controvérsia paira nas relações de trabalho, mormente se o telefone é utilizado para o desenvolvimento da prestação de serviços, ou não. Há quem entenda que, caso o telefone seja utilizado para a execução do trabalho, que seria lícita a escuta feita pelo empregador. (SIMON, 2000, p. 153).

A referida autora, entretanto, esclarece que se tratam de casos em que o telefone integra o conjunto dos meios de produção, como nas atividades de *telemarketing*. Ao seu entender, o poder de direção justificaria essa interferência desde que trabalhador tenha ciência da escuta, entendida esta, como necessária. Em tais situações portanto, não incidiria a proteção prescrita no art. 5º, XII da CF/88. Caso, porém, as ligações feitas pelo empregado não digam respeito diretamente ao trabalho, incide a proteção ora referida, sendo proibida a escuta neste caso. (SIMON, 2000, p. 154). Acrescentaria às ligações feitas, as atendidas.

“DANO MORAL E MATERIAL – GRAVAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA ILÍCITA – VEDAÇÃO. “A prova obtida mediante escuta gravada por terceiro de conversa telefonica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado.” Precedente do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido.” TRT 8ª R., RO – 01874-2003-014-08-00-4. 3ª T. Rel. Walmir Oliveira da Costa.

A jurisprudência em geral se inclina pela impossibilidade de interceptação telefônica. Tal posição no Direito Brasileiro se harmoniza com as recomendações de documentos internacionais sobre o tema, em especial a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, art. 12; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York, de 1966; ONU, em 1973 no §º 177 do Doc. E. Cm 4/1.116, de 23 de janeiro, em que houve a recomendação aos Estados membros que descrevessem como crime a interceptação telefônica, salvo em determinados casos, como na hipótese de determinação judicial em investigação criminal.

“INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO AMBIENTE DE TRABALHO. ILICITUDE DA PROVA. DESCONSIDERAÇÃO.1. A interceptação de comunicações telefônicas somente pode ser autorizada por juiz competente, para fins de investigação criminal ou instrução

processual penal. 2. Apesar dos poderes subordinante, disciplinar e fiscalizatório, ao empregador não é dado o direito de violar garantia constitucional de seus empregados e nem mesmo no ambiente de trabalho o empregado fica sujeito à interceptação de suas conversações telefônicas. 3. A gravação em fita magnética de conversa telefônica, obtida clandestinamente, sem o conhecimento e consentimento dos interlocutores, não serve como prova em razão de sua flagrante ilicitude (ofensa aos arts. 332 e 383 do CPC, bem como ao art. 5o, X, XII e LVI da Constituição Federal). 4. Precedentes jurisprudenciais. 5. Decisão unânime.” TRT 24ª R. RO 1072200300124000 MS 01072-2003-001-24-00-0. Relator Amaury Rodrigues Pinto Junior. Data publicação: 24/11/2004.

“PROVA ILÍCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA CLANDESTINA. A interceptação de conversa telefônica de empregado, sob a supervisão de "autoridade policial civil", justificada como medida de prevenção de possíveis desvios de comportamentos e estribada na equivocada premissa de seu uso como instrumento de controle e gestão das atividades empresariais, constitui grave violação aos direitos inerentes ao sigilo das comunicações, à liberdade de manifestação do pensamento, à privacidade e intimidade, que a Constituição Federal cuidou de resguardar, no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5o., incisos IV, X e XII). A escuta telefônica clandestina, realizada sem o consentimento do trabalhador e autorização judicial, não tem amparo legal e o seu indeferimento não caracteriza cerceamento ao direito de defesa”(CF/88, art. 5o., inciso LVI e CPC, art. 332) Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO nº 00739-2005-091-03-00-0. 2ª T. Relator: Juiz Antonio Gomes de Vasconcelos. DJMG 03/05/2006. p. 16).

Existem diferenças conceituais quanto à escuta telefônica, a interceptação e a gravação clandestina, diferença esta que repercute nas decisões judiciais. Na interceptação telefônica há a quebra do sigilo por pessoa não participante da conversa sem o conhecimento dos participantes da conversa, enquanto nas escutas telefônicas ocorre também com a interferência de terceiro, mas com o conhecimento de algum participante da reunião. Já nas gravações clandestinas, um dos interlocutores grava a conversa, sem o conhecimento do outro. (MENDES, 2006).

“EMENTA: Prova. Escuta telefônica. Violação à garantia constitucional do sigilo. Inocorrência. Inteligência do art. 5º, XII da CF. A garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas diz respeito à interceptação telefônica, mas não à escuta, que como aquela não pode ser confundida, podendo ser admitida como prova em processo judicial.” (RJTACrim, 22:178, Rel. Juiz José Santana.).

Há quem entenda também haver diferença no fundamento constitucional dos procedimentos em questão, considerando que as escutas telefônicas e gravações não abrangeriam o fundamento constitucional contido no inciso XII do art. 5º da CF/88, ou seja, estariam abrangidas tão somente pelo inciso X do art. 5º da CF/88. No que diz respeito à interceptação telefônica especificamente é que se poderia falar na proteção insculpida em ambos os incisos (art. 5º, X e XII da CF/88). (MENDES, 2006).

Entretanto, importa salientar que todos (escutas, interceptações e gravações) afetam a intimidade do indivíduo, e que tal posicionamento ora explanado não se encontra uniformizado na doutrina e jurisprudência, como se verá, pois existem decisões judiciais que consideram a escuta telefônica ilícita por afrontar o direito à intimidade e privacidade bem como o sigilo nas comunicações. Outras, por sua vez, vislumbra-se a possibilidade de serem consideradas lícitas, a depender do fundamento utilizado ao caso concreto, pois, consoante o princípio da proporcionalidade, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma a harmonizar interesses em questão e para isso, impõe-se medidas a serem toleradas em detrimento a algum direito por existirem outros a serem igualmente protegidos. De toda a sorte, o STF tem se manifestado sobre a questão, ocasião em que transcreve-se algumas decisões:

“É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. (...)”. (HC 75.338-8/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim).

“A gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da proporcionalidade às normas constitucionais se articulam num sistema cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a algum direito por ela conferido, no caso, o direito à intimidade” (RHC 7.226/SP, Rel. Min. Edson Vidigal).

“A gravação de conversa telefônica entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa (...). (AI 503617 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso).

Foi observado também que em algumas decisões não se contempla bem a diferenciação entre interceptação, escuta e gravação, que é de extrema importância,

pois, em geral, é na análise do caso concreto que se consegue aferir os abusos no ambiente de trabalho, especialmente por existir o poder de direção do empregador e que em alguns casos, irá prevalecer, como o caso citado anteriormente relativo ao telefone utilizado para prestação de serviços (*telemarketing*).

No que tange às gravações, não há dúvidas de que não se tratam de interceptações telefônicas pela inexistência da interferência de terceiro. A controvérsia sobre a licitude paira no consentimento dos participantes na gravação, não havendo ilicitude portanto, quando ambos estão cientes desta, em que pese a existência de algumas decisões judiciais que tem considerado tal prova como lícita, ainda que sem o consentimento do outro, quando a finalidade é provar assédio moral ou quando esteja destinada ao exercício do legítimo direito de defesa.

Acredita-se que o fundamento desta aplicabilidade seria a prevalência da corrente intermediária a respeito da admissibilidade da prova ilegal no curso do processo, que defende a idéia de que a prova ilícita deve ser combatida, mas, diante do caso concreto e de acordo com os interesses relacionados com a prova produzida. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, com o condão de se resguardar direitos fundamentais ao caso concreto pelo mecanismo da ponderação de interesses. No caso em questão, o interesse público prevalece sobre a proteção da intimidade e privacidade do interlocutor. Entretanto, a questão permanece controvertida nos Tribunais.

“EMENTA: PROVA. ASSÉDIO MORAL. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA NO AMBIENTE DE TRABALHO SEM O CONHECIMENTO DAS PESSOAS ENVOLVIDAS. VALIDADE. A prova obtida pela empregada por meio de gravação telefônica feita no ambiente de trabalho, sem o conhecimento das pessoas envolvidas, não a torna inválida para os fins a que se destina, de provar que a trabalhadora sofria assédio moral no ambiente de trabalho, já que não se trata de interceptação de conversa alheia ou de divulgação de diálogos mantidos na esfera da privacidade do indivíduo. Os trechos dos diálogos que interessam ao caso são aqueles em que a reclamante, autora das gravações, aparece como um dos interlocutores e tudo o que foi gravado foi dito em público (no local de trabalho) e não em conversa reservada entre qualquer das pessoas envolvidas. Daí porque não é o caso de afronta à inviolabilidade da vida privada ou da intimidade de quem quer que seja, ou mesmo de violação de correspondência ou de comunicação telefônica, garantias protegidas em foro constitucional. A hipótese também não se rege pela Lei 9.296/96, que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas. Aqui estamos tratando de atos da vida social dos envolvidos (relações de trabalho). Logo, de atos do âmbito de

atuação pública destes. Assim sendo, a prova em questão não esbarra na disposição do inciso LVI do artigo 5º do texto constitucional, já que não foi obtida de forma ilícita, pois não ofende norma de direito material, ou ilegítima, não ofende norma processual. A reclamante estava lançando mão do seu direito de defesa, com os meios de que dispunha, isto é, registrando atitudes ofensivas e persecutórias ocorridas no seu ambiente de trabalho, não havendo qualquer atentado à ética ou à intimidade dos envolvidos, como já dito, os quais são, em síntese, os bens jurídicos resguardados pela legislação que proíbe a utilização de prova ilícita.” TRT 3ª R., RO 01527 –2010 – 017-03 -00-7. 1ª T. Rel. Emerson José Alves Lage. Data publ. 25/08/2011.

“EMENTA: ARTIGO 5.º, INCISOS X E XII. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA CLANDESTINA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. LICITUDE. O artigo 5.º da CR/88, em seus incisos X e XII, garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Dessa forma, como regra geral, é vedada a violação do sigilo das comunicações sem a autorização dos interlocutores. Contudo, há que se distinguir a gravação obtida por interceptação da conversação alheia - essa considerada ato ilegal e abusivo, e, portanto, meio ilícito de prova - do registro de conversa própria. Assim a gravação de conversa, quando realizada por um dos interlocutores, é admissível no processo do trabalho como meio de prova válido, porque não afronta a inviolabilidade e a vida privada, revelando lícito exercício do direito de defesa.”TRT 3ª R. RO 018412007-129-03-00-2. 10ª T. Rel. Taissa Maria M. de Lima. Data publicação: 11/12/2008.

Outro ponto relevante é o local em que a captação da conversa é realizada. Entende-se que em geral se o local é público não há ilicitude, em virtude da livre exposição pública e notória nesse caso. Se o local é privado, entende-se que haveria afronta ao inciso X do art. 5º da CF/88, e portanto, pode vir a ser considerada como prova ilícita (MENDES, 2006).

Enfim, conclui-se pela possibilidade do monitoramento audiovisual no ambiente de trabalho, mas não de forma absoluta. É necessário que o procedimento seja considerado lícito dentro dos parâmetros e abrangências trazidos a baila, a fim de que possa ser utilizado como prova, em face da inadmissibilidade em processo judicial, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI da CF/88).

Os critérios de observância da licitude /ilicitude, todavia, não são estáticos diante da complexidade das relações jurídicas, sendo extremamente importante a análise do caso concreto e, nesta, a melhor solução é aquela que mais se aproxima

da concretude de direitos pela máxima observância e mínima restrição, pois entende-se que, em tal critério, é que se consiga estabelecer o respeito aos direitos fundamentais e a dignidade humana.

6. POSSÍVEIS DIRETRIZES ACERCA DA ABRANGÊNCIA E LIMITES DO DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

No âmbito da atuação dos direitos em questão, e analisando todos os fatores mencionados neste trabalho, busca-se neste tópico estabelecer algumas diretrizes abstratas que devem nortear as relações de emprego pertinente ao tema estudado. Entretanto, vale acrescentar antes da menção às conclusões, ser necessária a análise de cada caso concreto especificamente, pois, como visto, na apreciação de alguns direitos que envolvem o direito a intimidade e o poder de direção do empregador, o estudo poderá apresentar variações, em virtude de cada acontecimento apresentar uma particularidade.

No que diz respeito às revistas, considera-se como pressuposto que devem ser utilizadas como critério excepcional, ou seja, é o último recurso a ser utilizado, restando-se legitimada apenas se outros mecanismos forem insuficientes para o exercício da fiscalização a que se propõe. Deve conter justificativa pautada na proteção do patrimônio do empregador e/ou segurança das pessoas. Na adoção desse critério devem ser utilizados parâmetros objetivos para evitar suspeitas, não sendo permitidas as revistas íntimas. Para finalizar, vale acrescentar a título sugestivo a adoção de solução apontada pelo direito comparado, em especial, o direito italiano, em que há previsão legal para revistas dos empregados com os contornos especificados no art. 6º do Estatuto do Trabalhador, que autoriza a revista mediante os seguintes requisitos: indispensável para a tutela do patrimônio do empregador, efetuada na saída dos locais de trabalho através de sistema de seleção automática, acordada entre empregador e representação sindical.

Quanto ao monitoramento do *e-mail*, apenas há essa possibilidade nos *e-mails* corporativos, com os contornos trazidos em estudo específico, tendo em vista sua natureza de ferramenta de trabalho. Entende-se que tal natureza deverá ser considerada como premissa na análise deste tópico, pois a partir daí se conclui, mediante o fundamento do princípio da proporcionalidade e concordância prática, uma dimensão maior do poder diretivo. Assim, necessário o bom senso do empregado no uso de equipamentos no ambiente de trabalho, pois presume-se que devem ser usados especificamente ou preponderantemente para o exercício da atividade laboral, sob pena de restar o empregado sujeito as punições legais.

De toda a sorte, isso significa que o empregador deve deixar clara sua intenção da restrição do uso ao trabalho, pois ela não se presume quando o empregado usa um computador e *internet* o dia inteiro, por exemplo. Assim, em não havendo limitações ou proibições claramente estabelecidas, os aspectos pessoais que podem nortear o uso do computador, da *internet* e correio eletrônico presumem-se livres por falta de proibição desta, sendo a vida privada indiferente ao empregador, que não tem o condão de se configurar como espionagem. Essa diretriz fundamenta-se na conclusão de que o empregado não se despe dos seus direitos fundamentais no ambiente de trabalho, ou seja, há a preservação das liberdades fundamentais no seio da empresa.

Se o empregador não especificou determinadas regras em regulamento ou no próprio contrato de trabalho, a liberdade é que deve prevalecer, não a proibição, o que não dispensa a obrigatoriedade do uso com bom senso, pelo empregado, que não pode, nesse aspecto, utilizar-se dos equipamentos da empresa que possam comprometer a moral e responsabilizar o empregador por determinados atos praticados pelo mesmo.

Quanto à utilização do poder de controle pela fiscalização direta, tem-se o seguinte: Os aparelhos audiovisuais em geral não são proibidos pela legislação, e portanto, tratam-se de mecanismos fiscalizatórios que podem ser utilizados a fim de se inibir que as revistas em geral tornem-se algo rotineiro ou comum. Estas, ressalte-se, devem ser empregadas como último recurso a ser feito como mecanismo de controle, seguindo-se aqui os parâmetros e especificados em tópico específico nesta dissertação.

Entretanto, necessário auferir alguns parâmetros para este meio fiscalizatório, tendo em vista a restrição a que esse mecanismo possa ser aplicado pelo empregador, senão vejamos: a faculdade de restrição a locais públicos, pois os locais por excelência privativos dos empregados devem ser preservados, mormente por nestes a proteção da intimidade e privacidade prevalecer face à proteção ao patrimônio e ao processo produtivo. Nos locais permitidos, é necessário o conhecimento pelos empregados do monitoramento, sob pena de ilegitimidade do controle, bem como a proibição da utilização de meios ilícitos. Também não devem estar focados apenas no posto de trabalho de um emprego, e sim do ambiente, como um todo, pois a vigilância no ambiente de trabalho justifica-se em prol do patrimônio da empresa e da segurança das pessoas, não estando apta a espionagens, ou a

achar “erros” do empregado que permanece sob a mira de uma câmera. Não há dúvidas de que atitudes como essas vulneram o direito à intimidade.

Essa vigilância, em regra, também deve estar restrita ao local e horário de trabalho. As exceções precisariam ser justificadas, e as justificativas devem estar pautadas nos fundamentos dessa específica modalidade de exercício do poder de direção, ressalte-se: proteção do patrimônio e segurança das pessoas em face do risco empresarial ser inerente ao empregador. Sob esses fundamentos pode-se concluir que a fiscalização ao trabalho deve ser proporcional ao cargo exercido na empresa pelo empregado. Essa é a diretriz que deve ser seguida, nesse aspecto, sempre. A título de exemplo, cita-se os serviços de vigilância, uma vez que se tratam de funções que permitiriam a fiscalização fora do local de trabalho, onde se exige um comportamento do trabalhador compatível com a função exercida. Neste caso, há o interesse empresarial em saber se o empregado possui comportamento de acordo com princípios legais e morais, sob pena de colocar em risco a própria segurança da empresa e das pessoas que ali transitam, bem como a atividade desenvolvida, o que em tese, em caso de risco, poderia responsabilizar o empregador.

Quanto à observância de interceptações, escutas telefônicas e gravações, vale o que fora dito quanto às hipóteses de licitude /ilicitude contidas nos respectivos tópicos. Entretanto, forçoso observar que nas possibilidades em que é possível a escuta, o pressuposto de sua validade é que o procedimento seja compatível com os princípios norteadores em questão: a) instalação do sistema apenas em áreas que sejam consideradas “áreas de trabalho”; b) ciência dos empregados que o ambiente de trabalho é monitorado por sistema de áudio; c) orientação aos empregados participantes do processo produtivo em que a escuta faz parte, esclarecendo a forma de ser feita e a sua finalidade, pois não se deve esquecer que o empregado atua em condição de representante da empresa e nesta, a responsabiliza objetivamente. Trata-se de um critério de prevenção, necessário, até mesmo porque, como outrora fora dito, a liberdade é presumida.

E para finalizar, é válido ressaltar que na relação de emprego, onde os interesses do empregador e do empregado são conflitantes, vale o respeito mútuo não como obrigação moral, mas jurídica, em razão da força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, os atos empresariais não devem ultrapassar o estritamente necessário para a condução da atividade, da execução do trabalho exercida pelo trabalhador. Essa é a configuração para que se entenda que, nesse

sentido, se abusos ocorrerem, os direitos fundamentais do empregado devem prevalecer.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve o condão de demonstrar uma nova realidade fiscalizatória nas relações de emprego, realidade esta que sofreu grandes modificações desde a sua origem no século XVIII devido ao avanço tecnológico que proporcionou a introdução de ferramentas como o uso do computador, *internet*, *e-mail*, além de outros mecanismos de controle que se exteriorizam como manifestações do poder de direção do empregador. Em razão disso, é necessário que o Direito conduza determinados parâmetros jurídicos destinados a solucionar possíveis conflitos que envolvam esses novos acontecimentos.

Mesmo em uma sociedade em que a automação é uma realidade, constatou-se que a máquina não substitui por completo o ser humano, daí a importância de se conhecer todo o arcabouço jurídico que norteia o poder de direção do empregador e o direito à intimidade do empregado como fatores indispensáveis para discernir e conhecer os limites e abrangências de cada um. Assim, a primeira conclusão a que se chega é que o estudo em questão deve ser averiguado no caso concreto devido à sua complexidade, pois, como visto, os direitos em apreço não são absolutos. A segunda é de que os princípios norteadores ajudam a solucionar e sopesar os interesses.

É papel do Estado assegurar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, pois a História conta que as idéias do Estado Liberal deixaram a classe trabalhadora em situação de miséria e exploração. Fruto dessa realidade nasceu o Estado Social, que, entre outras finalidades, possui a de propiciar o mínimo de garantias para que os cidadãos possam viver dignamente. E como consequência dessa evolução, as Constituições dos Países passaram a prever direitos e garantias individuais e coletivas, medida adotada no Brasil, que inseriu como um dos princípios fundamentais a dignidade humana.

A abordagem do princípio em tela, por sua vez, serviu para que se concluísse que este deve corresponder à noção de que o homem é o centro e o fim do Direito e que, por isso, não pode ser utilizado como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. À luz dos ensinamentos de *Immanuel Kant*, a dignidade humana é fundada na autonomia da vontade como atributo exclusivo de pessoas e por isso, estas possuem um valor intrínseco superior a qualquer preço.

Partindo-se da adoção destes valores básicos é que se conclui que o ser humano tem direito ao respeito integral, inserindo-se a dignidade como princípio que embasa a concretização dos direitos fundamentais com força normativa, especificamente como norma jurídico-positiva com *status* constitucional. Nessa qualidade, irradia seus efeitos tanto na esfera do direito público quanto na esfera do direito privado, e permeia a relação de emprego obrigando às partes ao tratamento digno, pressupondo desta forma, o respeito mútuo como obrigação jurídica.

Assim, mesmo em se tratando de um contexto de uma sociedade pós-industrial, globalizada, em que se encontra em voga o fenômeno da flexibilização e desregulamentação das leis trabalhistas, de sorte a ameaçar toda uma gama de direitos conquistados, os direitos fundamentais específicos e inespecíficos dos trabalhadores se mantêm em virtude da base principiológica do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio da proteção, encontrar fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana por consistir em manifestação deste. E isso ocorre pela harmonização das regras de aplicação com o conteúdo do princípio da dignidade humana, bem como pela existência de outros princípios que norteiam o ordenamento jurídico e consolidam a busca da igualdade substancial, como o princípio da não discriminação, do não retrocesso social, do direito adquirido, entre outros.

Sendo o direito à intimidade e a vida privada um direito fundamental, manifestando-se como direitos da personalidade inerentes ao homem desde a sua existência, irradiam seus efeitos e ganham importância não somente nas relações públicas, mas também nas relações privadas, e, embora a CLT não possua nenhuma regra expressa em relação aos direitos da personalidade do trabalhador, este se encontra protegido, quer por previsão do art. 8º que possibilita a aplicação do direito privado nos casos em que a CLT é omissa, quer porque os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana. Assim sendo, impõe-se como dever da empresa a preservação da integridade física e moral de seus empregados no desenvolvimento da atividade econômica. Trata-se de norma de ordem pública. O desrespeito a esse direito fundamental vulnera a dignidade humana.

Nas relações de emprego pode-se constatar que o poder diretivo deve ser entendido como direito função e não potestativo, pois no seu exercício o empregador não deve atuar apenas em prol de seus interesses, mas, também, da coletividade de empregados e da sociedade, os quais, como dito, não se despem de seus direitos fundamentais ao celebrar o contrato de trabalho. Em razão de tais fatores, esse

poder sofre limitações, sendo uma delas imposta pelo dever de respeito à intimidade e vida privada do empregado, que o protege da ingerência dos outros. Em outras palavras, o poder de direção não abrange atos ou acontecimentos estranhos ao cotidiano da relação de trabalho. O empregador deve exercer o seu poder diretivo, mas isso não lhe autoriza a dirigir a vida do empregado.

Isso significa que a utilização desse poder apenas resta-se justificada se atendidos os seus fundamentos. Do contrário, há abuso de direito, manifestado por diversas formas de afronta à dignidade humana do empregado, passível de ser indenizado por danos morais. Alguns exemplos foram identificados na dissertação: assédio moral, violação à intimidade, à vida privada e aos direitos trabalhistas.

A exteriorização desse poder diretivo, por sua vez, mitiga o direito à intimidade dos empregados de forma a preservar o empreendimento segundo os interesses envolvidos. Isso porque a subordinação jurídica é um dos elementos essenciais na relação de emprego, e em razão dela há uma limitação na vontade do trabalhador, a fim de possibilitar ao empregador dirigir a atividade desenvolvida na empresa. Assim, a intimidade e a privacidade devem ser analisadas e respeitadas em cotejo com o poder de direção do empregador como corolário da boa fé e confiança recíproca, que, se não existente, não deve o empregador sequer contratar o empregado, uma vez que esse princípio é presumido nas relações humanas, devendo a má-fé ser sempre provada.

Vale observar que boa fé nas relações de emprego contempla-se de forma ampla (objetiva e subjetiva), e esta observância é fator essencial para que o poder de controle do empregador esteja pautado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como princípios norteadores. Isso porque a boa fé objetiva impõe um dever de agir considerando para ambas as partes o cumprimento de seus deveres, com a implícita consciência de não enganar, não prejudicar nem causar danos, não alcançando a mera subjetividade, conforme ensinou *Plá Rodriguez*. A partir desses ensinamentos é que a razoabilidade, aferida ao caso concreto, supõe a necessidade de equilíbrio das partes nas atitudes pertinentes não apenas nas suas obrigações mas também no exercício dos seus direitos.

Todavia, realça-se mais uma vez a importância da dignidade humana, pois, é a partir de sua abrangência que é possível o agir com bom senso, partindo-se da premissa que o empregado, na qualidade de ser humano, é detentor de um mínimo de consideração e respeito. Considerando esse pressuposto, a aplicabilidade dos

princípios ora mencionados torna-se mais fácil por estarem pautados em um modelo garantístico fruto do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana na qualidade de princípio fundamental.

Nesse contexto, concluiu-se que, em razão de o direito à intimidade e o direito à propriedade privada e livre iniciativa estarem protegidos pela Constituição Federal, as últimas como fundamentos do poder diretivo do empregador, devem ambos ser analisados nos moldes do princípio da unidade e em caso de eventual conflito, resolvidos buscando-se a harmonização, utilizando-se o princípio da proporcionalidade mediante a técnica da ponderação de interesses, utilizando-se do critério de atribuir um máximo de direitos e um mínimo de restrições, de sorte a preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A técnica ora mencionada deve ser viabilizada pelos sub-princípios da adequação, do interesse e da proporcionalidade em sentido estrito, a serem analisados segundo situações fáticas apresentadas a cada caso concreto. Nesse sentido será possível averiguar a prevalência de um direito sobre o outro, pois cada caso exterioriza peculiaridades que devem ser estudadas de forma singular. Desse modo, é possível verificar quais são, ao certo, os direitos e interesses envolvidos para posteriormente decidir qual o interesse maior a ser protegido sem que outros deixem de ser resguardados. Todavia, nada impede que ao colher-se um precedente, que este seja utilizado em casos iguais ou semelhantes, conforme foi constatado pelos ensinamentos doutrinários ao analisar a jurisprudência em alguns casos.

De forma a explanar como isto ocorre, é certo concluir, por exemplo, pela impossibilidade da instalação de câmeras em banheiros e vestiários que os empregados utilizam no ambiente de trabalho. Tal critério se justifica por nesses locais prevalecer a proteção da intimidade, frente ao patrimônio e segurança das pessoas, estes fundamentos do poder de direção do empregador, uma vez que não se tratam de lugares em que normalmente se guarnecem bens de valor e porque normalmente não entram pessoas estranhas.

Outra situação interessante a ser trazida à baila são os contornos diferenciados quanto ao uso de equipamentos audiovisuais, especificamente quanto ao uso de interceptação, escuta e gravações. Observou-se em análise específica que as decisões judiciais variam conforme os interesses preponderantes, entretanto, importante fator no caso em apreço é primeiramente estabelecer a diferenciação

entre as espécies de fiscalização (interceptação, escuta e gravações) para que seja possível uma análise eficaz. De toda a sorte, entende-se que no direito brasileiro as interceptações são terminantemente proibidas, mas que em alguns casos são permitidas as escutas e gravações, mediante o estudo dos respectivos fundamentos.

À guisa de exemplo foi observado que alguns acórdãos permitiram gravações quando o empregado precisou fazer prova de algum ato que seria vítima como critério único de defesa. Não há dúvida de que esta é a melhor aceção de forma a garantir a dignidade humana. Verificou-se também que o procedimento de escuta, em casos excepcionais, pode ser permitido sob a observância de requisitos essenciais, como a ciência da gravação em atividades profissionais de *telemarketing*, talvez porque nesses casos há evidência de atuação não apenas de empregados mas destes com terceiros, de sorte que esta interpretação se justificaria em prol de ser o empregador o único responsável pelos riscos inerentes à atividade econômica.

Tal realidade, por sua vez, não permaneceu quando, a partir da análise dessas gravações não se obteve nenhuma justificativa com base nos fundamentos inerentes ao poder de diretivo, como por exemplo, quando a empresa busca conhecimento de fatos que não interessam a atividade laboral. Ora, não há como deixar de concluir haver, nestes, ofensa aos direitos fundamentais da intimidade e vida privada do trabalhador por abuso de direito, de sorte a configurar ilegalidade e por conseqüência, suscetível a parte que realizou a gravação a reparação por danos morais.

Por estar condicionado aos seus fundamentos para ser considerado legal, o poder de direção não encontra respaldo, em regra, a fiscalizar a pessoa do trabalhador, em seu aspecto pessoal, a não ser que este influencie na atividade a ser desempenhada na empresa. Assim, as atitudes empresariais consideradas adequadas frente ao conteúdo normativo que norteia o poder de direção são aquelas que visam proteger o patrimônio, à segurança das pessoas, à condução com eficácia da atividade econômica, em observância aos princípios norteadores e aos limites do poder diretivo. Aquilo que foge ao poder de controle do ambiente de trabalho vulnera a dignidade dos trabalhadores por falta de fundamentos que justifiquem o exercício do poder de direção do empregador.

E, por fim, em razão de se constatar os estudos concretos juntamente com a importância dos fundamentos e da preponderância de interesses, foi possível estabelecer algumas diretrizes, que de forma alguma, esgotam o tema. Nesse

sentido, verificou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fio condutor dessas relações, o que significa concluir que sempre a melhor solução ou o melhor parâmetro é aquele que se coadune com os anseios da dignidade humana, o respeito mútuo, e este anseio nas relações de emprego pressupõe o respeito aos direitos fundamentais. Não há dúvidas de que é o trabalho digno que interessa ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Renato Rua de. *Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho*. Coordenador Renato Rua Almeida; Adriana Calvo, Andréa Presas Rocha, organizadoras. São Paulo: LTr, 2010. Vários autores.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: 2008.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: Ltr, 2007.

BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do Empregado*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. rev, atualiz e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELMONTE, Alexandre Agra. *O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, v. 68, set. 2004.

BIELEFELDT, Hiener. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL, *CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direitos Humanos, cidadania, trabalho*. Belém: edição do autor, 2004.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. São Paulo: LTr, 2010.
- CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- Dicionário escolar da língua portuguesa / Academia Brasileira de Letras. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Email x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?* Jus Navegandi, Teresina, ano 7 nº 53, 2002. Disponível em <www.jus.com.br/revista/texto/2509>. Acesso em 22 de maio de 2012.
- GRASSELLI, Oraci Maria. *Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil*. Mundo Jurídico, maio.2003. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto347.rtf> Acesso em 24 de junho de 2012.
- _____. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiado (org). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São PAULO: Malheiros, 2003.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (trad. de Paulo Batista Machado). 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva. 1982.

MANTOVANI JUNIOR, Laert. *O direito constitucional à intimidade e vida privada do empregado e o poder de direção do empregador*. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MENDES, Flávio Freitas Pereira. *Violação da intimidade por intermédio de interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina*. Disponível em <www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2432> Data da publicação: 15/02/2006. Acesso em 07/06/2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: (série EDB). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESSIAS DA SILVA, Leda Maria. *Monitoramento de emails e sites, a intimidade do empregado e poder de controle do empregador. Abrangência e limitações*. Revista LTr, São Paulo, v. 70, n. 01, p. 68, jan. 2006.

_____. *Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar-mestrado. V. 6, n. 1, p. 266 a 281, 2006.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

MURALI, Marlon Marcelo. *Limites Constitucionais ao Poder de Direção do Empregador e os Direitos Fundamentais do Empregado*. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

OLIVEIRA, Antonio Carlos Paula de. *Revista Pessoal de Empregado: exercício, limite, abuso*. São Paulo: LTr, 2011.

PAIVA, Mário Antonio Lobato de. *Correio eletrônico x correio postal*. Jus Navegandi, Teresina, ano 7(revista/edições/2002), n. 59. Disponível em <www.jus.com.br/revista/texto/3223>. Acesso em 24.05.2012.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

_____. *La dignidad de La persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do Direito como integridade*. São Paulo: LTr, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2004.

_____. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5 ed. Madri: Tecnos, 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1999.

SIMON, Sandra Lia. *A Proteção da Intimidade e da Vida Privada do Empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. *Os direitos de personalidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.