



Luiz Eduardo Santos Salomão

**O Exercício do Poder Diretivo do Empregador à
Luz do Princípio Constitucional da Intimidade:
utilização dos emails pelos empregados no
ambiente de trabalho.**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Adriano Pilatti

Rio de Janeiro

Abril de 2014



Luiz Eduardo Santos Salomão

**O Exercício do Poder Diretivo do
Empregador à Luz do Princípio
Constitucional da Intimidade: utilização
dos emails pelos empregados no ambiente
de trabalho.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-
graduação em Direito do Departamento de Direito da
PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora
abaixo assinada.

Prof. Adriano Pilatti

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Carvalho Leite

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Thula Rafaela de Oliveira Pires

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 16 de abril de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Luiz Eduardo Santos Salomão

Graduou-se em direito no ano de 2006. Pós graduou-se em Direito Material e Processual do Trabalho em 2008. Pós graduou-se em Direito Processual Civil em 2010 . É professor de Direito Constitucional e Direito do Trabalho da Multivix na cidade de Nova Venécia-ES. É Advogado militante na área trabalhista

Ficha catalográfica

Salomão, Luiz Eduardo Santos.

O Exercício do Poder Diretivo do Empregador à Luz do Princípio Constitucional da Intimidade: utilização dos emails pelos empregados no ambiente de trabalho./ Luiz Eduardo Santos Salomão; orientador: Adriano Pilatti. –Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2014.

105 fls. : 29,7 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito -. Teses. 2. Intimidade. 3. Propriedade. 4. E-mail. 5. Empregado. 6. Empregador. I. Pilatti, Adriano. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à Deus pela saúde, pela vida e a oportunidade que me concedeu de poder estudar e força para perquirir meus objetivos.

Especialmente à minha família Maria de Fátima (Mãe), Nelson (Pai), L. André, L. Antônio. S. S. Júnior e Nelson (irmãos) que sempre por mim torceram e muito me apoiaram, pelo amor incondicional sempre despendido e pela fé depositada em mim.

Igualmente em especial à minha amada esposa Flávia A. Z Salomão quem diariamente me aturou neste período de aprofundamento dos estudos, sempre me apoiou, acreditando e depositando todas suas forças para que eu pudesse a este ponto chegar, sendo compreensível, carinhosa e amável de forma ímpar.

Amo vocês incondicionalmente.

À PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

Resumo

Salomão, Luiz Eduardo Santos. Pilatti, Adriano. **O Exercício do Poder Diretivo do Empregador à Luz do Princípio Constitucional da Intimidade: utilização dos emails pelos empregados no ambiente de trabalho.** Rio de Janeiro, 2014. 105p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A Era da Informação, na qual vivenciamos atualmente é essencialmente marcada pelos grandes avanços tecnológicos tanto na área da informática, quanto no campo das telecomunicações. A acentuação do processo de globalização do mundo capitalista, bem como a necessidade crescente das empresas em atender as demandas oriundas dessa nova realidade capitalista, reforçam a necessidade de inserção destas na atual conjuntura global por meio da introdução destes avanços no contexto do pacto laboral. Em razão do baixo custo na sua manutenção; facilidade de acesso em qualquer dispositivo informático conectado à internet e, por fim, em função da grande velocidade na transmissão da informação, a utilização do correio eletrônico (ou *e-mail*) corporativo se tornou uma ferramenta de trabalho indispensável no meio empresarial. Contudo, não obstante aos enormes benefícios trazidos ao empregador no uso do e-mail corporativo pelo seu empregado, diversas questões jurídicas acabam sendo levantadas muito principalmente em função das lacunas legislativas acerca da sua utilização no ambiente empregatício. A doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando sobre a questão relacionada aos limites do poder diretivo do empregador que, com fundamento no direito fundamental à propriedade garantido no art. 5º, XXII da CF/88, monitora o conteúdo das mensagens existentes nesses ditos *e-mails*, em aparente afronta ao direito à intimidade do empregado que se encontra tutelado pelo art. 5º, X da CF/88. O exame da questão apresentada se fará por meio da aplicação de técnicas de ponderação e por meio do uso do princípio da proporcionalidade; não se olvidando a necessidade de se estabelecer critérios prévios a este monitoramento a fim de se harmonizar tais direitos no ambiente de trabalho.

Palavras-chave

Intimidade; Propriedade; E-mail; Empregado; Empregador

Abstract

Salomão, Luiz Eduardo Santos. Pilatti, Adriano (Advisor). **The exercise of the Directing Power by Employer in view of the Constitutional Principle of Intimacy: use of emails by employees in the work environment..** Rio de Janeiro, 2014. 105p. MSc Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Information Age in which we are experiencing today is essentially characterized by great technological advances, both in computer science and in telecommunication field. The intensification of the capitalism's globalization, and the growing need for companies to meet new demands arising from this reality, reinforces the necessity of including these companies in the current global conjuncture embedding these improvements in the labor pact. Due to the low cost to keep it working; easy access from any computing device connected to the internet and, finally due to the high speed transmission of information, the use of corporate e-mails (or emails) has become an indispensable working tool within the business environment. However, despite the use of the corporate e-mail by employees brings enormous benefits to the employer, several legal issues arises mainly due to legal loopholes regarding its use in the employment environment. Scholars and legal doctrine have been focusing on the question regarding limits of the directing power of the employer, based on the fundamental right to property guaranteed in article 5º, XXII of the Brazilian Federal Constitution, in monitoring the contents of the existing messages in these corporate emails, in apparent confront to the right to privacy of the employee who is protected by article 5º, X of the same Constitution. The analysis of this issue will be presented through the application of weighting techniques and through the use of the principle of proportionality; not forgetting the need to establish prior criteria to this monitoring, in order to harmonize these rights in the work environment.

Keywords

intimacy; property; E-mail; employee; employer.

Sumário

Introdução	9
1 Trabalho	12
1.1 Direito do Trabalho	20
1.1.1 Surgimento	20
1.1.2 Conceito	22
1.1.3 Objeto: da relação de trabalho e emprego	22
1.2 sujeitos da relação de emprego: empregador e empregado	24
2 O Direito à Intimidade do Trabalhador no Brasil no Contexto de Direitos Fundamentais	27
2.1 Conceituação de direitos fundamentais	27
2.2 Da diferenciação terminológica entre os direitos fundamentais e os direitos humanos	28
2.3 Características dos direitos fundamentais	30
2.4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais	32
2.5 A dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	37
2.6 A evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil	39
2.7 Direitos da personalidade: Classificação, evolução histórica e a sua inserção no contexto constitucional pátrio	44
2.7.1 Direito à imagem	44
2.7.2 Direito à honra	47
2.7.3 Direito à privacidade	49
2.7.4 Direito à intimidade	52
2.7.4.1 Evolução histórica	52
2.7.4.2 Conceito de direito à intimidade e a sua distinção entre direito à vida privada	55
2.7.4.3 Dimensões do Direito à intimidade	58
2.7.4.4 Direito à intimidade na legislação infraconstitucional e na Constituição de 1988	59

2.7.4.5 O direito à intimidade no âmbito trabalhista	60
2.7.4.6 Prevenção e reparação da violação aos direitos à intimidade no âmbito laboral	62
2.7.4.7 O direito à intimidade frente aos avanços tecnológicos no ambiente de trabalho	63
2.7.4.8 A tutela da correspondência no contexto do Direito à intimidade	64
3 O Monitoramento do Correio Eletrônico nas Relações de Emprego	66
3.1 Poder Diretivo	66
3.1.1 Breve evolução histórica	66
3.1.2 Fundamentação e conceituação	67
3.1.3 Limites	70
3.2 Os correios eletrônicos como um resultado dos avanços tecnológicos	72
3.3 Exercício do poder diretivo e a possibilidade de monitoramento dos e-mails dos empregados frente a garantia constitucional da intimidade da pessoa do empregado	74
3.3.1 Diferenciação quanto ao uso do e-mail pessoal e corporativo	74
3.3.2 O direito de propriedade do empregador sobre os meios de produção e a possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo cedido ao empregado	75
3.3.3 O uso do e-mail corporativo pelo empregado: colisão entre o direito à intimidade do empregado em face direito à propriedade do empregador na condução da atividade empresarial	78
3.4 O posicionamento dos Tribunais acerca do monitoramento do correio eletrônico dos empregados	81
4 Conclusão	89
5 Referências Bibliográficas	95

Introdução

A evolução tecnológica que o mundo vem presenciando desde o final do século XX não possui precedentes na história da humanidade. Outrossim, com a mudança do processamento mecânico para o eletrônico, assim como o exponencial aumento da capacidade de processamento de dados dos computadores e, por fim, após a criação e a difusão da internet, a população mundial vem experimentando um aumento da praticidade na execução das tarefas do dia a dia e, principalmente, da capacidade de se comunicar independentemente do local aonde os indivíduos se encontrem.

É bem verdade que muitos desses avanços tecnológicos foram (e estão sendo) implementados no ambiente de trabalho com o objetivo precípuo de aumentar a lucratividade dos empreendimentos privados. O uso dos computadores, *laptops*, *tablets*, *smartphones*, dentre outros dispositivos devidamente conectados à Rede Mundial de Computadores permitem à empresa reduzir consideravelmente os custos e, sobretudo, agilizar a comunicação interna e externa com os empregados e clientes.

Diante desse novo cenário de trabalho, o qual se encontra inserido em um contexto de mundo globalizado, o correio eletrônico (ou e-mail) se tornou uma poderosa ferramenta a serviço do empreendimento comercial, por diversas razões, tais como: baixo custo de criação e manutenção; redução (ou até mesmo eliminação) dos gastos com papel; velocidade do envio e recebimento da mensagem, dentre outros.

Não obstante os grandes benefícios que o uso do e-mail traz à empresa, tal importante recurso tecnológico também traz uma série de problemas no âmbito do pacto laboral entre o empregado e o empregador. A utilização do e-mail corporativo¹ pelo empregado para fins particulares está gerando uma grande celeuma não somente entre os doutrinadores trabalhistas e constitucionalistas, mas também entre os magistrados pertencentes aos quadros da Justiça do Trabalho,

¹ E-mail pertencente à empresa no qual é criado para ser utilizado pelo empregado durante o período de validade do contrato de trabalho.

haja vista os direitos fundamentais à intimidade do empregado quanto ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas e o direito à propriedade do empregador no que concerne aos meios de produção se encontrarem em rota de colisão. Diante desse quadro, quais seriam os limites do poder diretivo do empregador frente à garantia constitucional da intimidade no tocante ao uso desta indispensável ferramenta de trabalho?

Com o intuito de compreender a questão de uma forma mais ampliada, sem contudo ter a pretensão de esgotar o tema, torna-se imperioso, logo de imediato no primeiro capítulo, analisar o conceito, evolução e elementos característicos que compõem “trabalho” ao longo do tempo. Logo em seguida, ainda no primeiro capítulo, será abordado o surgimento e conceito do Direito do Trabalho, sem se olvidar de se estabelecer uma diferenciação entre a relação de trabalho e a de emprego, bem como, *a posteriori*, uma abordagem mais cuidadosa no tocante dos atributos informadores do contrato de trabalho e os sujeitos da relação de emprego. Por fim, os princípios da primazia da realidade, irrenunciabilidade, da continuidade, da boa-fé e o da razoabilidade serão discutidos devido a sua íntima relação com o tema proposto.

O capítulo seguinte dará enfoque ao direito à intimidade do empregado no contexto dos direitos fundamentais e, para tanto, torna-se indispensável compreender o conceito do que vem a ser direitos fundamentais, assim como a sua diferenciação em relação aos direitos humanos. Os direitos fundamentais possuem características próprias tais como: a universalidade, a indivisibilidade, a imprescritibilidade, a inviolabilidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a historicidade, a irrenunciabilidade, vedação ao retrocesso e a efetividade², as quais devem ser examinadas uma a uma.

Como o tema em comento aborda o direito à intimidade do empregado em relação ao poder diretivo do empregador, será debatida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais assim como, sua evolução histórica no contexto pátrio e a suas dimensões. Ao final deste capítulo, será dada uma grande ênfase aos direitos

² DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em nov 2013.

da personalidade, mormente ao direito à intimidade, tratando de sua evolução histórica, classificação, inserção no texto constitucional e interação com os avanços tecnológicos no ambiente de trabalho.

O terceiro capítulo visa debater a questão do monitoramento do correio eletrônico pelo empregador no âmbito do contrato de trabalho sendo que, para isso, será necessário definir o que vem a ser poder diretivo, sua evolução histórica e limites impostos pela Constituição e legislações infraconstitucionais. Para se atingir o objetivo desta dissertação de mestrado, será primordial também analisar de forma subsequente o exercício do poder diretivo do empregador face à garantia constitucional da intimidade do empregado e o entendimento dos tribunais acerca da questão.

O tema ainda gera polêmica as quais a doutrina e a jurisprudência ainda não encontraram uma solução definitiva. Todavia, o presente trabalho acadêmico busca ponderar os elementos técnicos trazidos no bojo desta dissertação com a finalidade de almejar identificar a melhor forma de conciliar os direitos fundamentais à intimidade do empregado face ao direito de propriedade do empregador no uso do e-mail corporativo.

1 Trabalho

Com o objetivo de se buscar uma melhor compreensão dos tópicos que serão debatidos, torna-se imprescindível conhecer, *a priori*, os conceitos que gravitam entorno do tema proposto, assim como o contexto no qual se insere o presente objeto de estudo.

Neste diapasão, parte-se da necessidade de se conceituar o que vem a ser o Trabalho, em sua origem etimológica, para posteriormente serem tecidas maiores considerações acerca do ramo jurídico independente que compõe o presente estudo.

O trabalho sempre foi visto como atividade inerente ao indivíduo, pressupondo um esforço e sendo entendido como o “ato ou efeito de trabalhar. Exercício material ou intelectual para fazer ou conseguir alguma coisa; ocupação em alguma obra ou ministério. Esforço, labutação, lida, luta”³.

A palavra “trabalho” em regra possui conotação negativa. Isso bem explica Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins⁴ ao evidenciarem que desde a origem bíblica da palavra, esta já se encontra contextualizada negativamente, sendo o trabalho originariamente visto como punição a Adão e Eva como consequência dos pecados cometidos. Há ainda quem interpreta o texto bíblico de forma diferente, apontando o caráter reconstrutivo do trabalho como atividade humana então considerada capaz de absolver o indivíduo de seus pecados cometidos⁵.

³ MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=trabalho>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁴ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Moderna, 1988. p.37.

⁵ “Com o pecado original, a doutrina cristã destaca não o trabalho em si mas a fadiga, o esforço penso nele contido, como se constata do mesmo livro Genesis, 3, 17-19:” Porque deste ouvido à voz de tua mulher, e comeste da árvore, de que eu tinha te ordenado que não comesses, a terra será maldita por tua causa; tirarás dela o teu sustento com trabalhos penosos, todos os dias da tua vida. Ela te produzirá espinhos e abrolhos, e tu comerás a erva da terra. Comerás o pão com o suor do teu rosto até que voltes à terra, de que foste tomado; porque tu és pó, em pó te hás de tornar”. Alice Monteiro de Barros, Curso ... Trabalho p.51-52

O trabalho é tido também como agente transformador da realidade do ser humano, já que por meio deste o indivíduo faz uso de conduta consciente e de técnicas já utilizadas por outros, caracterizando a experiência, sendo esta a maior distinção entre o homem e os animais irracionais, já que estes agem por instinto e não conscientemente como aqueles⁶.

As mencionadas autoras aduzem ainda que o trabalho é capaz de promover a afetividade, já que favorece a convivência entre indivíduos “experimentando emoções de expectativa, desejo, prazer, medo, inveja, aprendemos a conhecer a natureza, as pessoas e a nós mesmos”⁷. Este ensinamento é de extrema pertinência já que o homem vive em sociedade e, no tocante ao trabalho, passa boa parte de sua vida exercendo seu respectivo ofício, ou seja, trabalhando, o que implica concluir que o ambiente de trabalho é sem dúvida responsável por boa parte do tempo de vida dos indivíduos.

A origem etimológica da palavra em questão advém do latim *tripliare* que significa torturar com o então nominado *tripalium* equipamento à época utilizado para penalizar condenados ou até mesmo manter presos animais que assim necessitava-se de proceder para que os mesmos fossem ferrados⁸. Referida origem advém do fato de que na Antiguidade o trabalho manual não era valorizado, muito pelo contrário, trata-se de atividade peculiar aos escravos que, uma vez nascidos de mãe escrava, assim também eram considerados e, por conseguinte, não eram considerados como pessoas mas como coisas, não eram sujeitos de direitos, os senhores mantinham sobre eles uma relação de direito real⁹.

Acerca da condição dos escravos, Alice Monteiro de Barros destaca que “A condição de escravo derivava do fato de nascer de mãe escrava, de ser

⁶ Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins p.24.

⁷ *Idem. ibidem*

⁸ Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins p.37.

⁹ “No escravismo, houve a apropriação dos meios de produção por uma classe – os senhores – que exploravam o trabalho de outra classe – os escravos-, apropriando-se, também, dos frutos produzidos. O escravo era considerado, juridicamente, não como pessoa, mas, sim, como coisa, razão pela qual não era tutelado pelo ordenamento jurídico; tratava-se de um mero objeto de propriedade do senhor, que com ele mantinha relação de direito real. Não sendo sujeito de direitos, o escravo não podia prestar o consentimento contratual (e, consequentemente, contrair obrigações), sendo até mesmo destituído do direito à vida e ao tratamento digno, embora o senhor estivesse sujeito a sanções penais se o matasse sem motivo”. *Lorena Vasconcelos Porto, O Trabalho Humano na História e o Nascimento do Direito do Trabalho, p.154*

prisioneiro de guerra, de condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outras razões”¹⁰.

Filósofos tais como Platão e Aristóteles buscavam justificar a escravidão como “um fenômeno “natural”, isto é, é o único sistema possível, e que existiria para sempre”¹¹. Com efeito a escravidão tinha como resultado o controle dos meios de produção por parte dos senhores e o trabalho manual por conta dos escravos, permitindo “as pessoas da elite, desobrigadas de se ocuparem com a própria subsistência, dedicam-se ao “ócio digno”, que para os gregos, significa a disponibilidade de gozar do tempo livre e cultivar o corpo e o espírito”¹². Constatase flagrantemente que neste momento histórico o pensar era mais valorizado, enquanto que o trabalho manual, fundamental para subsistência da sociedade naquela época até os dias atuais, eram subvalorizados e delegados aqueles que nem pessoas eram consideradas.

Diante desse contexto merece destaque a atual arcabouço constitucional que vigora em nosso ordenamento jurídico, que neste ponto peculiar iguala o trabalho manual e intelectual em termos de valoração, não havendo teoricamente qualquer tipo de sobreposição de um em relação ao outro. Todavia, diferentemente daquilo que tentaram justificar Platão e Aristóteles, aos poucos o sistema escravocrata se modificou. O aumento populacional e a natureza complexa das relações sociais exigiram dos senhores que estes fizessem uso da mão-de-obra de escravos que não lhe pertenciam, arrendando-lhes os serviços, porém estes eram tão somente manuais, não se estendiam aos trabalhos intelectuais. Tem-se então o *Locatio Conductio*, que se subdividia em três espécies¹³.

¹⁰ Alice Monteiro de Barros...Curso..P.52

¹¹ PORTO, p. 154.

¹² ARANHA, MARTINS, p.37.

¹³ Havia no Direito Romano antigo, três espécies de *location conduction: rei, operis e operarum*. Na Primeira, uma das partes se obrigava a conceder à outra o uso e gozo de uma coisa em troca de uma certa retribuição. Na segunda, denominada *location operis faciendi*, o objetivo era o resultado de determinada obra uma pessoa que (*conductor*) se comprometia a executar para outrem (*locador*), mediante um preço assumindo os riscos de tal execução. Essa figura é uma antecedente da empreitada.

Finalmente, a *location conductio operarum*, antecedente do contrato de trabalho, Segundo grande parte da doutrina, implicava a prestação de serviço por uma pessoa (*locator*), cuja remuneração era fixada tendo em vista o tempo gasto na sua execução, não o resultado do trabalho, arcando o

Quaisquer semelhanças do *Locatio Conductio* com espécies hoje conhecidas de contratação, como o próprio contrato individual de trabalho ou contrato de emprego e o contrato de empreitada não são meras coincidências. A figura do *conductor* no *locatio operis fasciendi* em muito se assemelha à figura do tomador de serviço de empreitada que contrata o resultado, não se responsabilizando (teoricamente) com a execução, ou seja, se isenta de riscos quanto a esta. Já no *locatio conductio operarum* constata-se um elemento da maior relevância que será mais a frente abordado que é fundamental para caracterização do atual contrato de emprego, qual seja, a pessoalidade do *locator*.

Vale ressaltar que na *locatio operarum* prevalecia a vontade das partes em contratar, a vontade dos particulares era soberana sendo por elas estabelecidos parâmetros como jornada de trabalho, repouso proveniente de datas festivas. Tem-se nesta forma de contratação referências que se correlacionam com a legislação vigente atualmente, especificamente no tocante a necessidade do pagamento da *locatio* ter que se dar em espécie, sendo consideradas acessórias outras formas de pagamento, como por exemplo o fornecimento de alimentação e habitação e, ainda, o pagamento feito a cada jornada laborada¹⁴. Tal forma de contratação era utilizada de modo residual, conforme explanado acima, ou, em outras palavras, era considerada a exceção da exceção já que o regime que predominava à época era o escravocrata.

Dentre tantas reprovações feitas ao regime escravista avulta aquela segundo a qual “um grave defeito desse regime é ter dado origem à ideia de que todo trabalho é indigno, o que desestimulou a atividade inventiva e, no período romano, limitou o progresso tecnológico, contribuindo para estagnação da economia”¹⁵. Vale ressaltar que na escravidão havia a remota possibilidade de o escravo tornar-se livre, seja por gratidão do seu senhor em função de algum feito praticado ou, em função de momentos festivos ou ainda como consequência de desejos últimos dos senhores que, antes da morte, concediam a liberdade aos

conductor (credor do trabalho) com os riscos advindos da prestação. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 3. ed., 2007. p.55.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 3. ed., 2007. p.56.

¹⁵ PORTO, p.156.

escravos que para ele fossem os preferidos. Tem-se nestes, os primeiros trabalhadores assalariados¹⁶.

Considerando a falência do regime escravocrata ocorrido em Roma no ano V D. C., tem-se o surgimento do sistema que paulatinamente o substituiu, mas que igualmente mantinha sob o poder de alguns poucos membros da sociedade o controle dos meios de produção, o feudalismo.¹⁷ No feudalismo predominava a economia agrária com grande concentração das terras nas mãos dos senhores feudais. “Aqueles que não detinham tais meios – os servos da gleba – trabalhavam para o senhor em troca de proteção. O servo não era livre, pois estava preso à terra e seguia a sorte desta”¹⁸. No regime feudal imperava o labor agrário e diferentemente dos escravos¹⁹, os mencionados servos da Gleba eram considerados pessoas, “Não obstante, a situação do servo, pelo menos no Baixo Império Romano, era muito próxima à dos escravos”²⁰.

Contudo, ressalta-se que, diferentemente dos escravos, os servos possuíam o direito de herança de animais, objetos particulares, mesmo que para usufruto de tais direitos tivessem que arcar com impostos vultosos²¹. Não obstante tal onerosidade excessiva, pode-se admitir tal circunstância como um avanço em relação ao regime escravocrata. A estrutura da sociedade feudal tinha o Rei no ápice, como *primus inter pares*, e posteriormente vinham os senhores feudais que detinham grandes concentrações de terra ocupadas pelos vassalos que recebiam os feudos dos senhores e a estes deveriam ser totalmente leais, passavam a possuir direitos hereditários sobre a terra e em consequência davam aos seus senhores

¹⁶ SUSSEKIND, p.30.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 3. ed., 2007. p.56.

¹⁸ PORTO, p.156

¹⁹ Eles eram escravos alforriados ou homens livres que, diante da invasão de suas terras pelo Estado e, posteriormente, pelos bárbaros, tiveram que recorrer aos senhores feudais em busca de proteção. Em contrapartida, os servos estavam obrigados a pesadas cargas de trabalho e poderiam ser maltratados ou encarcerados pelo senhor, que desfrutava até mesmo do chamado *jus primae noctis*, ou seja, direito a noite de núpcias com a serva da gleba que se casasse. (Barros, p. 56-57)

²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 3. ed., 2007. p. 56.

²¹ SUSSEKIND, p.30

alimentos, dinheiro e sobretudo fidelidade militar.²² Após estes vinham os servos, que executavam o trabalho braçal no cultivo²³.

Acerca da questão, importante destacar que:

“As corporações estabeleciam suas próprias leis profissionais e recebiam, por outro lado, privilégios concedidos pelos reis, desejosos de enfraquecer o poderio dos nobres senhores da terra e, também, pelo serviço que prestavam ao erário, como órgãos de arrecadação de certos impostos. Mais tarde, entretanto, os próprios reis e imperadores sentiram a necessidade de restringir direitos das corporações, fosse para evitar sua influência, fosse para amenizar a sorte dos aprendizes”²⁴.

Nas corporações de ofícios tinha-se a presença das figuras dos aprendizes e os mestres. Aqueles recebiam destes o ensino do respectivo ofício. Havia bem estabelecida a composição hierárquica, cabendo aos aprendizes desde os 12 anos trabalhar sob o encargo dos mestres que tinham autonomia até para castigar fisicamente os aprendizes, que poderiam galgar etapas e serem considerados *companheiros* se superassem as dificuldades dos mandamentos. Eram assim considerados até que fossem submetidos a prova específica chamada de “exame de obra-mestra”²⁵, quando então passavam a serem mestres²⁶.

“Afirma-se que as corporações de ofício atingiram seu apogeu no século XIII e decaíram a partir do século XV, lembrando que no século XIV esse declínio já havia começado”²⁷.

O declínio das corporações se deu principalmente em função destas pouco se diferenciarem do regime escravista. A exploração do trabalhador era abusiva e inevitável era conter os conflitos que além de constantes assumiram proporções

²² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 3. ed., 2007. p.56.

²³ PORTO, p.157

²⁴ (SUSSEKIND, 2002, p.33)

²⁵ O companheiro só passava a mestre se fosse aprovado em exame de obra-mestra, prova que era muito difícil, além de os companheiros terem de pagar taxas para fazer o exame. Entretanto, quem contraísse matrimônio com a filha do mestre, desde que fosse companheiro, ou casasse com a viúva do mestre, passava a essa condição. Dos filhos dos mestres não se exigia qualquer exame ou avaliação de obra. A jornada de trabalho era muito longa, chegando até 18 horas no verão; porém, na maioria das vezes, terminava com o pôr do sol, por questão de qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros. A partir do momento em que foi inventado o lampião a gás, em 1792, por William Murdock, o trabalho passou a ser prestado em média entre 12 a 14 horas por dia. (MARTINS, 2012, p.5)

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Atlas 28 edição, 2012. P. 05.

²⁷ BARROS, *op. Cit.*, p.58.

gravíssimas²⁸. E o golpe mortal nas corporações de ofício veio com a Lei Chapelier, do ano de 1791 que em seu artigo 7º determinou:

A partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém, estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro”²⁹.

Nesse sentido, tem-se então a predominância do regime liberal. Em plena Revolução Francesa tem-se e elevação da liberdade individual, a possibilidade das livres contratações e o culto ao individualismo, nada mais que o liberalismo econômico insculpido no conhecido dizer “*Laissez-faire, laissez-passer*” atribuído a Vicent Gournay (literalmente, "deixai fazer, deixai passar")³⁰, que evidenciava a peculiaridade do regime liberal: a não intervenção econômica estatal.

Atribui-se à Revolução Industrial a responsabilidade por abreviar a queda do regime artesanal, implementando o capitalismo como modo de produção. “O fruto do trabalho deixa de pertencer aos trabalhadores e sua produção passa a ser vendida pelo empresário, que retém os lucros. Está ocorrendo o nascimento de uma nova classe: o *proletariado*”³¹. A invenção máquina³² e sua utilização como instrumento de produção revolucionam os métodos de trabalho e inevitavelmente as relações entre trabalhadores e patrões³³. A Revolução industrial de fato modificou a relação até então existente entre trabalhadores e os donos dos meios de produção. Passa-se a trabalhar por salários³⁴.

²⁸ Tais lutas chegaram a assumir graves proporções, como a de Lyon, na França, onde uma crise de corporações de comerciantes e de artífices deu causa a uma tremenda rebelião, cujas consequências, diz *Cotrim Neto*, foram “condenações em massa, enforcamentos, tortura e o desassossego que por muito tempo perdurou”. EM 17 de março de 1791, a Assembleia da Revolução aprovava um projeto do *Visconde de Novilles*, transformado em “Philippe Égalité”, suprimindo todas as *maîtrises e jurandes*, e em 17 de junho a lei Chapelier dava o golpe de morte nas corporações, como atentatórias aos direitos do homem e do cidadão. (sussekind, 2002,p.33)

²⁹ BARROS, *op. Cit.*, p.59.

³⁰ Idem. P. 60.

³¹ ARANHA,MARTINS,p.38

³² primeiramente a máquina de fiar, o método de *puclagem* (que permitiu preparar o ferro de modo a transformá-lo em aço), o tear mecânico, a máquina a vapor multiplicando a força de trabalho, tudo isso iria importar na redução de mão-de-obra porque, mesmo com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários. (SUSSEKIND, 2002, p.34)

³³ SUSSEKIND, p.34

³⁴ ARANHA, MARTINS, 2012, p.6.

A nova classe era submetida a condições desumanas de trabalho, tais como: labor noturno, insalubridade, homens, mulheres e crianças trabalhando em condições perigosas, etc. Nesse contexto, predominava a exploração da mão-de-obra, com jornadas diárias de até dezoito horas de trabalho, sem qualquer direito a férias ou a benefícios provenientes de eventual acidente ou, em último caso, da chegada da velhice. Mulheres e crianças eram tidas como mão-de-obra ainda mais barata, sobreviviam em condição de higiene inexistente³⁵.

O grande contingente populacional acumulado nos centros urbanos, supostamente livres dos regimes anteriores³⁶, o ex-artesão (ou camponês) é agora operário, assalariado, sua “liberdade” justificada com o argumento de que o mesmo não estava mais preso à terra nem a uma corporação. Contudo, sem a terra para agricultar nem ferramentas próprias para desempenhar algum ofício, restava-lhe uma única opção: juntar-se à massa de trabalhadores (operários) para laborar nas fábricas ou passar fome³⁷.

Acerca dos serviços prestados nas fábricas, indispensável conhecermos o depoimento de um administrador de fábrica da época:

“Mais desagradável ainda do que o próprio advento da fábrica foram as condições humanas que esse advento acarretou. *O trabalho*, por exemplo, era habitual e, às vezes, *começava as quatro anos de idade; o horário de trabalho se estendia do amanhecer ao anoitecer*, e abusos de toda natureza eram por demais frequentes. Uma comissão parlamentar designada em 1832 para examinar tais condições, obteve o seguinte depoimento do administrador de uma fábrica: “P: A que horas da manhã, com tempo bom, essas moças chegam à fábrica? R: Com tempo bom, durante cerca de seis semanas, *chegam as três da manhã e saem às dez ou dez e meia da noite*. P: Que intervalos existem durante essas dezenove horas de trabalho para alimentação e descanso? R: Quinze minutos, respectivamente para almoço, lanche e jantar. P: Alguns desses intervalos são utilizados para limpeza das máquinas? R: Quase sempre as moças são obrigadas a fazer o que chama de “pausa seca”; *às vezes a limpeza toma todo o intervalo do almoço ou do lanche*. P: Não há dificuldades para acordar essas jovens depois de um *trabalho exaustivo* como esse? R: Há sim; *de madrugada, é preciso sacudi-las para que acordem*. P: *Tem havido acidentes com elas em consequência desse trabalho*? R: Sim, minha filha mais velha esmagou o dedo na engrenagem. P: Perdeu o dedo? R: Teve que ser cortado na segunda falange. P: Ela recebeu pagamento durante o acidente? R: *No dia em que aconteceu o acidente, o pagamento foi suspenso*”³⁸.

³⁵ ARANHA, MARTINS, p.38

³⁶ Diz-se supostamente por haver uma realidade fática e outra jurídica a qual será tratada logo a seguir.

³⁷ PORTO, p.159

³⁸ HEILBRONER, H. A formação da sociedade econômica, p.108-109, *apud* FARIA, Ricardo de Moura; MARQUES, Adhemar Martins; Berutti, Flávio Costa. *Historia*, p.148.

Diante desse quadro, restava absolutamente flagrante a desigualdade que permeava a relação entre os operários e os donos de meios de produção no liberalismo.

Em nome de uma falsa liberdade sob o argumento da liberdade de contratar e total isenção do Estado nestas relações alcançou-se na verdade um meio capaz de manter a riqueza na mão de poucos e afundar a massa proletária na miséria. O individualismo certamente daria ensejo, e assim ocorreu, a conflitos sociais advindos da insatisfação da maioria que não fazia jus naquele momento a qualquer reconhecimento de sua própria dignidade que era achatada em prol da opressão econômica³⁹.

Assim sendo, “em decorrência desse estado de coisas, surgem no século XIX os movimentos socialistas e anarquistas, que denunciam a exploração e propõem formas para modificação das relações de produção”⁴⁰. Em meio a tal ebulição de pensamentos, considerando as precárias condições de trabalho, a exploração sofrida pela classe operária e a ausência de intervenção do Estado em prol da maioria, estes trabalhadores passaram a reivindicar melhorias. É o que se pode denominar de movimento operário originário, quando o Estado agia sim mas para reprimir qualquer pensamento operário que fosse contrário ao liberalismo econômico, reprimindo desde a origem as tentativas dos obreiros de se reunirem em prol de melhorias das condições de trabalho e de vida. São os movimentos sociais que acarretarão a necessária concessão estatal em prol da pleiteada melhoria das condições, que viria a ser a regulamentação das relações de trabalho com o surgimento do Direito do Trabalho.⁴¹

1.2 Direito do Trabalho

1.2.1 Surgimento

Cumprе evidenciar de plano que este ramo do Direito não surgiu como fruto da bondade daqueles que detinham o poder. O Direito do Trabalho, ramo

³⁹ SUSSEKIND, p.38.

⁴⁰ ARANHA, MARTINS, 2012, p.39.

⁴¹ PORTO, Lorena Vasconcelos. O Trabalho Humano na História e o nascimento do Direito do Trabalho, p.168.

autônomo do Direito, é fruto de uma lógica compensatória do liberalismo econômico. Para alguns é e foi conveniente tratar o Direito do Trabalho – mais precisamente os direitos trabalhistas – como benesse ou, concessão unilateral do poder estatal que supostamente teria visado à melhoria da condição de vida dos trabalhadores. Tal pensamento é fruto do interesse daqueles que manipularam e continuam a manipular a massa proletária. O Direito do Trabalho em verdade é fruto de lutas, de um movimento social reivindicatório que batalhava por melhores condições de sobrevivência, ou seja, emanou da sociedade e do anseio desta por melhores condições de vida. Os conflitos ganharam proporções e os movimentos contra o liberalismo – socialismo por exemplo – ganhavam dimensões indesejáveis para aqueles que detinham a concentração do poder⁴². Tem-se pois que “o conflito entre o coletivo e o individual ameaçava a estrutura da sociedade e sua estabilidade. Surge daí a necessidade de um ordenamento jurídico com um sentido mais justo de equilíbrio”⁴³.

O temor ao comunismo, por exemplo, é tido como principal motivo que levou a Igreja Católica a intervir, valendo citar neste sentido:

Como se viu, Leão XIII, para escândalo dos pensantes da época, defendia a tese revolucionária do direito dos operários de se associar para defesa de suas reivindicações; defendia contra o pensamento liberal, a tese do dever do Estado de interferir no campo social e econômico, para proteção dos que não possuíam meios de defesa, e denunciava também (aí de modo conveniente) o “grave perigo” representado pelo socialismo, que, segundo a concepção daquele momento, abalaria valores fundamentais da sociedade e cultura⁴⁴.

O trecho refere-se ao posicionamento do então Papa Leão XIII que, diante da considerável ameaça sentida pelo crescimento da revolta popular frente a atual situação que acometia a classe operária, posicionou-se “voluntariamente” favorável a intervenção do Estado em prol de concessão de melhorias aos obreiros. Referida manifestação do Pontífice em prol de um ponto de equilíbrio

⁴² “En estas circunstancias nace entre el proletariado una conciencia de clase con intereses propios, contrarios a los del capital, a los de una burguesía propietaria de los medios de producción, que de producirse una mejora en las condiciones de trabajo vería disminuir sus beneficios económicos. Esta conciencia de clase desemboca en el *movimiento obrero*, que reacciona ante la forma de producción capitalista y milita en pos de unos intereses comunes para conseguir unas condiciones de vida y trabajo dignas. La movilización de los trabajadores consigue presionar a los poderes públicos y logra, en un momento de auge de un liberalismo que propugnaba un abstencionismo del Estado en estas materias, una progresiva intervención de éste, dictando las normas que protejan las condiciones del trabajo del proletariado”. (BORÚS, 1999, p.18).

⁴³ BARROS, 2002, p.63.

⁴⁴ MARTINEZ, 2012, p.40.

não passava de temor porém, foi relevante para o surgimento dos Direitos Sociais. Os Direitos Sociais⁴⁵ então surgem em um cenário de intervenção direta do Estado no campo econômico e social, como fruto da necessidade da classe opressora em manter-se nesta posição de forma legítima⁴⁶.

1.2.2 Conceito

As relações de emprego são regidas por este ramo jurídico autônomo que pode ser conceituado como um “complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas”⁴⁷. Considerando o conceito supra destacado, relevante se faz perceber que o diversas são as relações que são regulamentadas pelo Direito do Trabalho. Assim sendo, imperiosa se torna a distinção entre as relações de trabalho e emprego. Contudo, ressalta-se que o presente estudo tem como objeto de análise circunstância que envolve empregado e empregador, ou seja, atem-se a relação de emprego estritamente.

1.2.3 Objeto: da relação de trabalho e emprego

A relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie. Todo empregado é trabalhador, mas o contrário já não pode ser afirmado em todos os casos. Trabalhador é todo e qualquer indivíduo que exerce um trabalho, uma atividade seja intelectual ou braçal, enquanto que empregado é assim chamado o trabalhador que exerce seu ofício mediante o preenchimento de alguns requisitos previstos em lei. São eles: pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade. Neste sentido, evidencia-se:

“Tanto a relação de trabalho como a relação de emprego são modalidades de relação jurídica, isto é, de situação da vida social disciplinada pelo Direito,

⁴⁵ Diz-se isto porque os direitos sociais, ao contrário dos direitos individuais, não existiam por si mesmos; eles clamaram pela ação distributiva (e política) estatal para que pudessem acontecer. Não se lhe aplica uma atuação comutativa de justiça. A construção dos direitos sociais de demandava coisa diversa de uma simples operação de aferição do título de propriedade e de outorga de um bem físico a um sujeito singularmente considerado. Os direitos sociais reclamavam uma fração das vantagens que normalmente bloqueadas em favor dos titulares dos meios de produção. MARTINEZ, 2012, p.41.

⁴⁶ MARTINEZ, p.41.

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 8 ed, Editora LTR., p. 49,.

mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido estrito) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição”⁴⁸.

Entende-se como trabalhar mediante pessoalidade quando a atividade prestada por um se dá de modo que este sujeito não pode se fazer substituir ao prestar aquela atividade, ou seja, o trabalhador é indispensável ao desempenhar aquela atividade determinada, não podendo ele se fazer substituir por outrem no desempenho daquela atividade. A subordinação está vinculada a hierarquia que há entre o empregador e o empregado, e que não há entre o prestador de serviços e o contratante no caso dos trabalhadores não empregados. No primeiro caso, o empregado está sujeito às ordens emanadas da pessoa do empregador, que por sua vez explorará sua mão-de-obra, enquanto eu no segundo o prestador de serviços é contratado para o desempenho de determinada tarefa, mantendo sobre sua pessoa a independência e autonomia no exercício do trabalho que prestará. Já a habitualidade é configurada quando a atividade é desempenhada observando um ciclo próprio e frequente, com fito de continuidade, não necessariamente importando a frequência desta prestação, desde que o faça habitualmente. Prestação esta que requer uma contraprestação pelo serviço prestado, ou seja, o salário, materialização do ultimo requisito, a onerosidade. Neste sentido:

“Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) a pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não-eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador”⁴⁹.

Urge aduzir que referidos requisitos distinguem a relação de emprego da de trabalho e que os requisitos mencionados são cumulativos: não existindo um dos requisitos mencionados, não se configurará a relação de emprego. A relação de emprego é formalizada mediante contrato, sendo este denominado contrato de emprego ou contrato individual de trabalho e caracteriza por ser “um contrato de direito privado, sinalagmático, de execução continuada, consensual, *intuitu personae* em relação ao empregado, oneroso e do tipo subordinativo”⁵⁰. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) corrobora: “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso,

⁴⁸ BARROS, p.216.

⁴⁹ BARROS, p.217.

⁵⁰ Alice Monteiro, 3 ed, LTR, p. 231

correspondente à relação de emprego.”⁵¹ Diz-se tácito ou expresso e, ainda, pode ser tido como “*contrato realidade*”. Há quem, embora, a existência do contrato, entenda, no entanto, que a relação jurídica de trabalho somente se forma com a prestação com a prestação efetiva do serviço em determinada empresa⁵².

1.3

sujeitos da relação de emprego: empregador e empregado

Atentando para o objeto de pesquisa do presente estudo e considerando o tema proposto, imperiosa se faz a caracterização daqueles que atuam como sujeitos na relação de emprego. *In casu*, refere-se ao empregador ora contratante, detentor do capital, e do empregado, e o contratado, que vende sua força de trabalho em troca da contraprestação denominada salário. Diz a CLT: “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”⁵³. Já o seu artigo 2º afirma: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”⁵⁴. Vale ressaltar que não obstante no texto legal o conceito de empregador seja restrito as pessoas jurídicas, há a possibilidade em nosso ordenamento de haver empregador pessoa física⁵⁵.

Objetivamente são estes os sujeitos da relação de emprego, tendo o Direito do Trabalho a função de dirimir eventuais conflitos existentes em tais relações quando, por exemplo, eventual demanda é proposta na Justiça do Trabalho que detém a competência não só para processar e julgar as causas atinentes as relações de emprego como também as relações de trabalho. Tal ramo autônomo de estudo tem princípios basilares e de grande relevância e que

⁵¹ CLT, art 442

⁵² Sussekund, 20 ed, vol 1, pag.233.

⁵³ CLT, art 3

⁵⁴ CLT, art 2

⁵⁵ Nesse particular, a CLT oferece uma definição passível de crítica porque vincula a figura do empregador à da empresa, assim entendida a unidade econômica organizada, individualmente (por um empresário individual) ou coletivamente (por uma sociedade empresária), para a produção ou circulação de bens ou de serviços (*vide* art.966 do Código Civil). Essa vicissitude, porém, deve ser analisada à luz da ideologia da época da edificação das primeiras normas trabalhistas brasileiras, que atribuíam ao empregador a qualidade de instituição, com todas as características que lhe são próprias. (Luciano Martinez, Curso de Direito do Trabalho, 3 ed, 2012, ed Saraiva, pag.198)

lhes são peculiares. Dentre eles destacam-se o princípio da proteção, primazia da realidade, irrenunciabilidade, da continuidade, da boa-fé que é comum a todos os ramos do Direito e o da razoabilidade.

Insta aduzir que, dentre os princípios supra evidenciados, merecem destaque os princípios da boa-fé e, principalmente o da proteção dada a sua interligação com o debate ora proposto. O primeiro que não pode ser considerado exclusivo do Direito do Trabalho e basicamente pode ser compreendido como aquele que “incide no direito obrigacional como regra de conduta segundo a qual as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais⁵⁶. Já o princípio da proteção trata-se de especificidade do Direito do Trabalho e merece atenção especial.

"O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante de sua condição de hipossuficiente”⁵⁷.

O princípio em comento se subdivide em três outros, quais sejam: “(a) *in dubio pro operário*; (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; (c) o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador⁵⁸. Entende-se do primeiro que, quando eventualmente uma única norma tiver mais de uma interpretação, deve-se aplicar a que seja mais proveitosa ao obreiro. Diferentemente tem-se o subprincípio da norma mais favorável que se difere do anterior por existir pluralidade de normas que em caso de dúvida, aplica-se aquela mais vantajosa aos trabalhadores. Já o da condição mais benéfica permeia o entendimento de que esta relação contratual entre empregado e empregador em regra não poderá suprimir vantagens já conquistadas por aqueles, remetendo-se ao entendimento do que temos como direito adquirido. A pertinência do destaque dado a estes princípios será melhor compreendida no seguir do presente estudo.

Há de ser ressaltada ainda a natureza dos direitos que dizem respeito à relação de emprego, os trabalhistas. Sem prejuízo dos demais enfoques que

⁵⁶ Alice Monteiro de Barros p. 185

⁵⁷ Alice Monteiro de Barros p. 177

⁵⁸ Sergio Pinto Martins, pag. 69.

podem ser objeto de análise da presente questão, é de mencionar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Destaque-se:

“A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial”⁵⁹.

Referida categoria de direitos compõe a gama de direitos sociais, sendo de entendimento pacificado de que a agressão aos mesmos pode vir a ser compreendida como uma transgressão à própria dignidade da pessoa humana e neste sentido aduz-se:

“A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais”⁶⁰.

Neste diapasão, ressalta-se a relevância da apreciação do debate levantado sob pena de se tolerar agressão literal à dignidade da pessoa humano, na figura do trabalhador empregado que, diante de eventual situação de miserabilidade e vulnerabilidade possa vir a se sujeitar a situações que em sua consciência o mesmo não se submeteria, cabendo às autoridades e aos próprios pesquisadores zelarem pelo respeito a tal gama de direitos previstos constitucionalmente.

⁵⁹ DELGADO, p.196-197.

⁶⁰ BARROSO, p.273.

2

O Direito à Intimidade do Trabalhador no Brasil no Contexto de Direitos Fundamentais

2.1

Conceituação de direitos fundamentais

Por meio de uma ótica clássica, pode-se compreender que os Direitos Fundamentais se constituem como uma forma de proteção que o indivíduo possui em face de ações ou omissões do Estado⁶¹. Importante ainda ressaltar que conceituar os Direitos Fundamentais visando à sua efetiva aplicação em escala mundial pode se tornar uma tarefa ainda mais complexa ao examiná-los sob um olhar histórico ou, até mesmo social⁶².

Michelli Pfaffenseller, fazendo referência a célebre obra de Norberto Bobbio "A Era dos Direitos", explicita que há quatro grandes obstáculos a serem superados para se chegar a um consenso em torno do fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais⁶³. O primeiro deles diz respeito à indefinição da expressão "direitos do homem", que pode ser interpretada de diversas formas conforme a ideologia assumida pelo intérprete. Em seguida vem a constante mutabilidade do rol de direitos fundamentais, pois, considerando que são as condições históricas e temporais que determinam os interesses sociais, torna-se inadequado atribuir um caráter "absoluto" a estes direitos. A terceira dificuldade para se definir um conceito absoluto para os Direitos Fundamentais é a multiplicidade de direitos com conteúdos diversos que, em casos concretos, não raras vezes, conflitam entre si. Vale destacar ainda que determinadas justificativas podem ser utilizadas para alguns direitos em algumas circunstâncias. O último obstáculo destacado por Norberto Bobbio reside na aparente antinomia entre direitos fundamentais com conteúdo denotando liberdades e, outros com forte carga de poderes. Em outras palavras, existem direitos fundamentais, tais como os de primeira geração, que requerem uma abstenção do Estado e outros que exigem uma intervenção estatal,

⁶¹ PFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais* Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, p.92-107, jun./jul, 2007. p. 93.

⁶² Idem. p. 93

⁶³ PFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais* Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, p.92-107, jun./jul, 2007. p. 94 citando BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

como ocorre com os de segunda geração, que torna impossível fixar uma definição que abranja ambas as espécies.

A busca de um conceito absoluto dos direitos fundamentais através da história demonstra uma forte preocupação dos estudiosos em garantir a sua efetividade, independentemente desses estudos serem na área da filosofia, da sociologia, da política ou ainda, jurídica⁶⁴. Não obstante as dificuldades ressaltadas acima, diversos juristas pátrios e estrangeiros empenham-se em definir de maneira mais clara o que vem a ser direitos fundamentais. Nesse contexto, vale destacar os ensinamentos de Vladimir Brega Filho que entende ser um direito fundamental “é o mínimo necessário para a existência da vida humana”⁶⁵. No mesmo sentido caminham os professores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que asseveram que os direitos fundamentais se “constituem um mínimo de direitos garantidos, podendo o legislador ordinários acrescentar outros, mas não tendo a possibilidade de abolir os tidos fundamentais”⁶⁶.

2.2

Da diferenciação terminológica entre os direitos fundamentais e os direitos humanos

É digno de nota ressaltar que não existe um consenso entre os doutrinadores⁶⁷ no que tange à aparente ambiguidade que os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” carregam em si, portanto, a fim de prosseguir com o presente estudo, torna-se imperioso discernir ambos os conceitos. Ingo Wolfgang Scarlet, não obstante compreender que os direitos fundamentais são também direitos humanos na medida em que os seus titulares são seres humanos, afirma que a distinção entre os termos se faz necessária principalmente diante de

⁶⁴ idem. p. 94

⁶⁵ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 66.

⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Editora revista dos tribunais, 2007, São Paulo. p. 54.

⁶⁷ O professor Sérgio Resende de Barros, por exemplo, adota o entendimento de que é irrelevante a discussão em torno de uma eventual diferença ou identidade entre direitos humanos e fundamentais. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos - Paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29 e ss.

um contexto do direito positivo constitucional⁶⁸. Ao abordar essa diferenciação, Scarlet explicita que:

"às expressões "direitos humanos" (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e "direitos fundamentais" concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera de direito constitucional"⁶⁹.

Semelhante ao professor Scarlet, J.J Gomes Canotilho, acredita haver uma clara distinção terminológica entre ambos os direitos fundamentais e os humanos, sustentando que os:

"Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídicoconstitucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente"⁷⁰.

Já Antônio-Enrique Perez depreende que o termo "direitos humanos" possui uma amplitude maior e mais imprecisa que o termo "direitos fundamentais", sendo que nestes últimos, afirma se constituírem em um conjunto de direitos e liberdades fixados e garantidos por meio de um direito positivo determinado pelo Estado⁷¹.

Independentemente de haver diversos posicionamentos quanto à diferenciação, ou não, entre as terminologias "direitos fundamentais" e "direitos humanos", será adotada nesta dissertação a expressão "Direitos Fundamentais"⁷² haja vista não somente ser este o pensamento majoritário na doutrina pátria⁷³ mas, também em razão da adoção da nomenclatura "Direitos e Garantias Fundamentais" pela Constituição Federal de 1988.

⁶⁸ SCARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 261.

⁶⁹ Idem. p. 263

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 359)

⁷¹ PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 1984, p. 46-47. citado por SCARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 263.

⁷² Entendendo ainda que existe, de fato, uma clara distinção entre as terminologias discutidas.

⁷³ "Muito embora existam os que sustentam a equivalência entre as duas noções, considerando até mesmo irrelevante a discussão em torno da eventual diferença ou identidade entre direitos humanos e fundamentais, o fato é que as diferenças, especialmente quando se tiverem bem presentes os critérios para tanto, são evidentes e têm sido reconhecidas por ampla doutrina e mesmo em caráter jurisprudencial, ainda que não se possa falar aqui em uma posição uníssona no direito brasileiro". SCARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 263.

2.3

Características dos direitos fundamentais

Os estudos relacionados às características dos direitos fundamentais revelam grande polêmica quanto à sua identificação⁷⁴; contudo, não é objetivo desta dissertação se aprofundar no exame de tais atributos, mas somente listá-los com o intuito de obter uma melhor compreensão da natureza de tais direitos. As principais características dos direitos fundamentais a serem analisadas nos parágrafos seguintes são: a universalidade, a indivisibilidade, a imprescritibilidade, a inviolabilidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a historicidade, a irrenunciabilidade, vedação ao retrocesso e a efetividade.

A primeira característica a ser examinada é a universalidade do direito fundamental que basicamente se consubstancia no direito que qualquer indivíduo possui, independentemente da raça, credo, nacionalidade, sexo ou convicção política, de pleitear a aplicação dos direitos fundamentais seja no âmbito nacional ou, em um foro internacional, consoante o que prescreve a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993⁷⁵.

Os direitos fundamentais se constituem em um único e indivisível conjunto de direitos que necessitam de ser aplicados sempre sob uma perspectiva sistemática, sendo que a violação a qualquer deles se apresenta como uma transgressão a todos⁷⁶.

Os direitos fundamentais são considerados imprescritíveis em função da possibilidade de serem exercidos a qualquer momento, não se perdendo ou prescrevendo com o passar do tempo⁷⁷; contudo, tal atributo não é absoluto haja vista a possibilidade de perda da propriedade pelo usucapião de terceiro⁷⁸.

⁷⁴ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em nov 2013.

⁷⁵ idem.

⁷⁶ idem.

⁷⁷ “prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência

Os direitos fundamentais não podem ser violados quer seja por disposições infraconstitucionais, quer seja por ações perpetradas por autoridades públicas, sob pena de nulidade de tais atos, assim como, responsabilização nas esferas criminal, cível ou administrativa⁷⁹.

A inalienabilidade dos direitos fundamentais, que resulta da dignidade da pessoa humana, advém do fato de estes direitos não possuírem valor econômico-patrimonial, ou seja, não se encontram no comércio⁸⁰. Todavia, conforme se verá com maiores detalhes mais adiante, tal atributo não é absoluto, sendo somente inalienáveis aqueles direitos que visam resguardar a vida biológica, "os que visassem a preservação das condições normais de saúde física e mental, bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa"⁸¹.

A historicidade dos direitos fundamentais é oriunda de toda uma evolução histórica e cultural⁸² que surgiu no cristianismo e atravessou diversas revoluções até obter a forma que conhecemos nos dias atuais⁸³.

Os direitos fundamentais, via de regra⁸⁴, são irrenunciáveis, haja vista serem estes não somente serem pautados na dignidade da pessoa humana, mas

temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição". SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 181.

⁷⁸ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em nov 2013.

⁷⁹ idem.

⁸⁰ idem.

⁸¹ idem.

⁸² "Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas". BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05.

⁸³ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em nov 2013.

⁸⁴ A exceção à regra pode ser verificada "nos programas de televisão conhecidos como reality shows (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, CF)". Alexandrino, Marcelo e Paulo, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*", 2ªEd, Impetus, pg. 102.

também em função de possuírem uma eficácia objetiva de interesse da coletividade⁸⁵.

A vedação ao retrocesso visa inadimitir o retrocesso, limitação, revogação ou, até mesmo a diminuição de algum direito fundamental e de normas que garantam a efetivação de um direito fundamental⁸⁶. O que se busca com esse atributo é garantir a proteção do núcleo mais essencial e intangível desses direitos, sendo que normas posteriores que tenham como função diminuí-los ou revogá-los, deverão ser consideradas inconstitucionais⁸⁷.

Por fim, a característica da efetividade, ou máxima efetividade, na verdade se apresenta como o Estado buscando não somente garantir a efetividade dos direitos fundamentais, mas também a sua otimização e, nessa situação, Bernardo Gonçalves pondera que

“em termos teóricos temos que o Poder práticas serão radicalmente opostas: na perspectiva liberal, por serem os direitos fundamentais direitos subjetivos de todos os indivíduos de uma sociedade que se reconhece livre e igual, devem ser efetivados na mesma medida para todos, sem exceção. Além do mais, sua condição de norma pré-estatal não transmite o dever de efetivação ao Poder Público, garantindo-se desde o início, o mesmo catálogo de direitos fundamentais aos seus cidadãos; por outro lado, na perspectiva do comunitarismo, a tese dos direitos fundamentais como ordens de valores, delega ao Poder Público a sua implementação na sociedade, que se pode dar em graus, ou seja, de modo não efetivo para todos, mas sempre buscando um resultado otimizado”⁸⁸.

2.4

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Diante deste contexto de abordagem dos direitos fundamentais e, em razão deste trabalho acadêmico possuir um viés voltado as relações trabalhistas, faz-se imprescindível discorrer acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

⁸⁵ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em nov 2013.

⁸⁶ A exceção à regra pode ser verificada " nos programas de televisão conhecidos como

⁸⁶ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em nov 2013.

⁸⁷ idem

⁸⁸ Fernandes, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 2012. p-252.

nas relações privadas, sem contudo, deixar de analisar alguns aspectos relacionados a eficácia vertical de tais direitos.

Para se entender com mais clareza acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, faz-se necessário, primeiramente, conceituar o que vem a ser a eficácia vertical dos direitos fundamentais que, para o professor Carlos Henrique Bezerra Leite, se constitui em uma restrição imposta pela norma jurídica aos governantes em relação aos administrados, reconhecendo a supremacia do Estado perante o indivíduo⁸⁹. Rafael Rocha e Filype Rodrigues sustentam que a Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais, ou Teoria do Status negativo de Jellinek⁹⁰, corresponde a uma limitação à atuação do administrador público na esfera privada dos administrados, ou seja, trata-se de uma relação vertical entre o Estado e o indivíduo objetivando proteger as liberdades individuais deste último⁹¹. Na verdade, a ideia de eficácia vertical está intrinsecamente ligada à passagem do Estado Absolutista para o período do Estado Liberal, os quais desenvolveram e asseguraram, por meio de suas constituições, os direitos fundamentais de primeira geração, tais como o direito à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade formal⁹². Nesse contexto, as relações particulares eram regidas por princípios da autonomia da vontade e outras normas reguladoras do Direito Civil⁹³.

Com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração⁹⁴ no período de ascensão do Estado Social, foi criada a Teoria do Status Positivo no qual o Estado não poderia se abster de proteger as liberdades individuais, passando então a ter uma atitude positiva para a concretização dos direitos sociais

⁸⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, n. 329, p. 07-20, maio de 2011. p. 34.

⁹⁰ JELLINEK, G. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, trad. ital., Milão, 1912, p. 244. Sobre a crítica da Teoria de Jellinek, Cf. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 s; Cf., também, SARLET, Ingo, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 1998, p. 153.

⁹¹ REIS, Rafael Rocha dos. GAMA, Filype Rodrigues. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Revista Jurídica, Ano XII, n. 18, 2012, Jan. – Jun., Anápolis/GO, UniEVANGÉLICA. p. 22.

⁹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, n. 329, p. 07-20, maio de 2011. p. 34

⁹³ idem. p. 34.

⁹⁴ Nessa geração busca-se atender as prestações sociais estatais obrigatórias (saúde, educação, assistência social, trabalho e etc). SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

com a intervenção nas relações particulares⁹⁵. Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet, esclarece com propriedade que é

(...) possível falar de uma dupla significação de eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também em um sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais também o são (...) Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, decorre que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa concepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais⁹⁶.

Compreendida a conceituação da eficácia vertical dos direitos fundamentais, passa-se, a seguir, a análise da denominada eficácia horizontal de supracitados direitos.

A evolução das relações sociais, políticas e econômicas fez com que o Estado tivesse que respeitar e efetivar os direitos fundamentais, bem como também os particulares em suas relações privadas⁹⁷. A chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁹⁸ se apresenta essencialmente como um reconhecimento de desigualdades entre indivíduos inseridos em uma relação privada⁹⁹. Sobre o tema, Daniel Sarmento destaca que:

“O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família”¹⁰⁰.

As teorias que procuram explicar esse fenômeno são as seguintes: (i) Teoria da Ineficácia Horizontal; (ii) Teoria da Eficácia Horizontal Indireta e, por

⁹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, n. 329, p. 07-20, maio de 2011.p. 35.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 382-383.

⁹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, n. 329, p. 07-20, maio de 2011.p. 36.

⁹⁸ "A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou, de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas". ALVES, Cristiane Paglione. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em nov 2013.

⁹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, n. 329, p. 07-20, maio de 2011.p. 36.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

fim, a (iii) Teoria da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais. Analisemos cada teoria nas linhas que se seguem.

A Teoria da Ineficácia Horizontal dos direitos fundamentais (Doutrina da *State Action*), como a própria denominação sugere, descreve que os direitos fundamentais não incidem entre particulares em suas relações privadas¹⁰¹. Essa teoria é aplicada somente nos Estados Unidos da América, pois, em sua Constituição de 1787, que vigora até os dias atuais, somente previu direitos do indivíduo em face do Estado, compreendendo, portanto, somente a eficácia vertical de tais direitos¹⁰².

A segunda teoria, de origem alemã, trata da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais e pode ser subdividida em duas dimensões: uma negativa ou proibitiva, na qual proíbe a criação de normas que violem direitos fundamentais por parte dos legisladores e, outra positiva, criando um dever, para o legislador, de implementar os direitos fundamentais, havendo porém a necessidade, por meio de lei, de se verificar quais seriam aplicáveis às relações particulares¹⁰³. *In casu*, a aplicação dos direitos fundamentais somente ocorrerá quando os particulares estiverem em nível de desigualdade, contudo, é necessário que, concomitantemente, haja uma autorização legislativa para tanto¹⁰⁴. Nesse diapasão, seria necessário que o direito privado incorporasse os direitos fundamentais, a fim de viabilizar a sua utilização¹⁰⁵.

Assim como na teoria anterior da eficácia mediata, a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, que é também oriunda do direito alemão, preleciona que alguns desses direitos podem incidir nas relações privadas sendo, todavia, desnecessária a autorização legislativa¹⁰⁶. Nessa esteira, Pedro Lenza sustenta que:

“(...) sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (‘eficácia horizontal’), especialmente diante de atividades

¹⁰¹ ALVES, Cristiane Paglione. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em nov 2013.

¹⁰² idem. ALVES, Cristiane Paglione.

¹⁰³ idem ALVES, Cristiane Paglione

¹⁰⁴ idem ALVES, Cristiane Paglione

¹⁰⁵ idem

¹⁰⁶ idem

privadas que tenham um certo ‘caráter público’, por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc”¹⁰⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Cristiane Alves, sabiamente pondera a aplicação desta teoria com duas importantes considerações:

"Primeiro, quando há relativa igualdade das partes figurantes da relação jurídica, caso em que deve prevalecer o princípio da liberdade para ambas, somente se admitindo eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade.

Segundo: quando a relação privada ocorre entre um indivíduo (ou grupo de indivíduos) e os detentores de poder econômico ou social, caso em que, de acordo com o referido autor, há consenso para se admitir a aplicação da eficácia horizontal, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o poder público (eficácia vertical)”¹⁰⁸.

Considerando as teorias examinadas supra, ressalta-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201819/RJ¹⁰⁹ pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no

¹⁰⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 457.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 392-400, citado por Cristiane Alves.

¹⁰⁹ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado

qual o mesmo considerou a Teoria da Eficácia Direta dos direitos fundamentais nas relações privadas¹¹⁰. É perfeitamente possível que, em casos práticos, o julgador venha a aplicar tal teoria, consoante explica Pedro Lenza:

"(...) poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (CF, arts. 1º, IV, e 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa 'colisão', indispensável será a 'ponderação de interesses' à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer"¹¹¹.

As relações de emprego, em função das questões de subordinação entre o empregado e o empregador, são um campo fértil para a adoção da horizontalidade dos direitos fundamentais onde, a título de exemplo, pode-se mencionar situações decorrentes de assédio moral ou inobservância do direito à intimidade do trabalhador em determinadas circunstâncias constitucionalmente garantidas a este¹¹².

2.5

A dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

É possível afirmar que, historicamente, os direitos fundamentais tinham como meta inicial tutelar as liberdades individuais (direitos de primeira geração), requerendo, para tanto, uma ação negativa por parte do Estado em relação aos indivíduos. Portanto, naquela época, muito embora já se questionasse a existência de uma dimensão objetiva, é certo que a noção de direitos fundamentais se confundia com a ideia de direitos meramente subjetivos¹¹³.

de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64).

¹¹⁰ idem ALVES, CRISTIANE Paglione

¹¹¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 677.

¹¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, n. 329, p. 07-20, maio de 2011.p. 36.

¹¹³ MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos Fundamentais: aspectos gerais e históricos. Revista da Unifebe (Online) 2012; 11 (dez):166-179. ISSN 2177-742. <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo017.pdf>> p. 174. Acesso em nov 2013.

Nessa esteira, tendo em vista que tais direitos estão ligados às liberdades individuais dos seus titulares em face do Estado, é possível depreender, conforme ensinamentos de José Vieira de Andrade que o direito subjetivo relaciona-se:

“à proteção de uma determinada esfera de autoregulação ou se um espaço de decisão individual: tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”¹¹⁴.

Com o surgimento dos direitos de segunda e terceira geração, constituindo-se essencialmente em direitos sociais e coletivos, houve uma transcendência da concepção individualista dos direitos fundamentais, reconhecendo-se uma perspectiva coletiva de tais direitos e também, nesse sentido, uma dimensão objetiva¹¹⁵, conforme assevera Vieira de Andrade:

“na realidade, ultrapassadas as perspectivas puramente individualistas, associadas a concepções atomísticas da sociedade, é hoje entendimento comum que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo quanto para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”¹¹⁶.

A respeito da caracterização das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que estes:

“não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas (...), além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Nuño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”¹¹⁷.

Nesse diapasão, a dimensão objetiva, intrinsecamente ligada ao Estado Democrático de Direito, tem como atributo marcante a positivação de um sistema de valores nas constituições democráticas, servindo não somente de diretriz para a atuação estatal, mas também como limitação contra possíveis abusos perpetrados

¹¹⁴ VIEIRA DE ANDRADE apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178.

¹¹⁵ Idem. p. 175.

¹¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001. p.110

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.140.

por parte do legislador em desfavor dos administrados¹¹⁸. Ademais, a perspectiva objetiva encerra por criar um direito à prestação diretamente ligado ao direito de defesa, permitindo ao Estado agir da forma mais adequada e, sempre visando a proteção dos bens jurídicos previamente tutelados pelas normas definidoras dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Após a abordagem das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, torna-se importante, ainda, apresentar a evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil.

2.6

A evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil

Diante desse contexto de evolução histórica dos Direitos Fundamentais e, em vista do foco deste trabalho acadêmico, torna-se importante observar a dinâmica de inserção desses direitos no âmbito constitucional. Para tanto, serão brevemente examinadas a seguir as Constituições de: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e, por fim, 1988.

No período da monarquia, a denominada Constituição do Império outorgada por D. Pedro I em 1824, abordou os direitos fundamentais em seu art. 179 - artigo este que era o último da Carta Magna, demonstrando que tal texto não reservou um espaço de destaque para esses direitos¹²⁰ - quando, explicitamente, trouxe os direitos à propriedade, à saúde, à educação, à igualdade e à liberdade¹²¹. No que tange ao direito à liberdade, este foi garantido na forma de direito à crença, ao exercício de qualquer profissão e à manifestação de pensamento¹²². O direito à vida não foi previsto expressamente nesse texto, todavia, pode-se inferir a sua existência em razão da proibição das penas cruéis e da tortura e, concernente à proteção da privacidade, que também não se encontra prescrita de forma

¹¹⁸ MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. *Direitos Fundamentais: Aspectos Gerais E Históricos*. Revista da Unifebe (Online) 2012; 11 (dez):166-179. ISSN 2177-742. <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo017.pdf>> p. 174. Acesso em nov 2013.

¹¹⁹ Idem. P. 175.

¹²⁰ GROFF, Paulo Vargas. *Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras*. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. p. 107. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 107. Acesso em nov 2013.

¹²¹ TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. P. 58.

¹²² idem. p. 58.

explícita, pressupõe a sua defesa em razão do dispositivo que garante a inviolabilidade do domicílio¹²³. Em relação aos direitos sociais, a Constituição previu o direito à educação, com a implementação do ensino primário e superior, e o direito à saúde, com o Estado assumindo-o como responsabilidade¹²⁴. Não obstante a garantia dos direitos acima, a proteção destes restava prejudicada em razão da Constituição não ter previsto instrumentos apropriados para a defesa desses direitos fundamentais¹²⁵.

A Constituição de 1891 implementou mudanças substanciais no sistema jurídico do país e, no que tange aos direitos fundamentais, esses foram significativamente ampliados¹²⁶. Os direitos à propriedade, à igualdade, previstos na Constituição anterior, foram mantidos nesta Carta de Direitos e, quanto ao direito à liberdade, este foi ampliado com a inserção das liberdades de reunião, associação e locomoção¹²⁷. O direito à vida, muito embora pudesse ser deduzido do dispositivo que veda a pena de morte, não constou nesta constituição¹²⁸. A Carta Constitucional de 1891 foi a pioneira ao trazer a garantia do *habeas corpus* (art. 72, §22) o qual previa o seguinte: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”¹²⁹, tem-se assim a sua constitucionalização. Em relação aos direitos sociais, essa Constituição pouco avançou. A novidade ficou por conta do art. 75 que tratou da aposentadoria dos servidores públicos por invalidez quando estivessem a serviço do Estado¹³⁰.

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição que inseriu direitos de cunho social, econômico e cultural, ou seja, direitos de segunda geração¹³¹. Esse

¹²³ idem p. 58.

¹²⁴ idem. p. 58.

¹²⁵ GROFF, Paulo Vargas. *Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras*. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 107. Acesso em nov 2013.

¹²⁶ TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. P. 60.

¹²⁷ idem. p. 60

¹²⁸ idem. p. 60.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 97.

¹³⁰ GROFF, Paulo Vargas. *Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras*. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 110. Acesso em nov 2013.

¹³¹ idem. p. 112.

novo texto buscou sistematizar os direitos fundamentais ao dedicar um título "Da Declaração de Direitos" e, estruturá-lo em direitos individuais, de nacionalidade e cidadania¹³². Em relação aos direitos individuais, esta constituição não somente manteve os direitos individuais já previstos nas Cartas Magnas anteriores, mas também inseriu novos direitos tais como: o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; autorizou a constituição de personalidade jurídica para associações religiosas e, previu o mandado de segurança¹³³. O constituinte originário se preocupou também em expandir o direito à liberdade com à assistência religiosa nas repartições militares, hospitalares e nas cadeias¹³⁴. Essa Constituição, contudo, ficou silente quanto ao direito à vida, apesar de ser possível deduzir que esse direito se encontra indiretamente protegido em razão da proibição das penas de caráter perpétuo e morte, excetuando-se disposição em contrário na legislação militar¹³⁵. As normas constitucionais de cunho social, em relação às constituições anteriores, tiveram o seu rol substancialmente acrescido e objetivaram, dentre diversos pontos, a proteção social do trabalhador, com a igualdade de salário para o mesmo tipo de trabalho; salário mínimo; limitação do trabalho a 8 (oito) horas diárias; repouso semanal remunerado, assistência médica à gestante, dentre outros¹³⁶.

O Estado Novo foi o contexto político no qual nasceu a Constituição de 1937, cujo texto tinha um forte caráter autoritário no qual concedia amplos poderes ao Presidente da República, limitava a atuação do legislativo, restringia a autonomia do Poder Judiciário e retirava a autonomia dos Estados-membros¹³⁷. Salvo o direito à propriedade, que permaneceu inalterado conforme se observava nas constituições anteriores, alguns direitos individuais, como à liberdade de reunião, associação e de manifestação de pensamento, sofreram

¹³² TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. P. 61.

¹³³ GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 113. Acesso em nov 2013.

¹³⁴ idem. p. 113.

¹³⁵ idem. p. 113.

¹³⁶ idem. p. 113.

¹³⁷ idem. p. 115.

sérias limitações¹³⁸. Ademais, havia a possibilidade de violação de domicílio e a permissão para a aplicação de pena de morte para um cidadão que cometesse determinados tipos de crime¹³⁹. Por outro lado, a proteção aos direitos sociais foi ampliada com o incremento da remuneração para o trabalhador que exercesse suas funções no horário noturno e a criação de mecanismos que protegessem o trabalhador em situações de acidente de trabalho, invalidez, morte e velhice¹⁴⁰.

No ano de 1946 houve nova tentativa de implantação da democracia¹⁴¹. A Constituição desse novo período, ao contrário da anterior, distribuiu de forma mais adequada às competências legislativas e matérias entre as pessoas políticas¹⁴², contudo, por ter uma Assembleia Constituinte majoritariamente formada por conservadores, teve como referências às Constituições de 1889 e 1934 e, segundo José Afonso da Silva, teria esta Carta Magna voltado as costas para o futuro¹⁴³. No que tange aos direitos individuais, a Constituição de 1946 deixou expresso o direito à vida dos indivíduos e aboliu a pena de morte, salvo situações excepcionais em tempo de guerra¹⁴⁴. A limitação que havia sobre os direitos à liberdade e à privacidade deixou de existir e o direito à propriedade ficou sujeito ao bem-estar social¹⁴⁵, assim como, a restauração do mandado de segurança, a ação popular, o habeas corpus e os princípios da legalidade e irretroatividade¹⁴⁶. No campo dos direitos sociais, foi acrescida a participação do

¹³⁸ TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. P. 63.

¹³⁹ idem. p. 63.

¹⁴⁰ idem. p. 63.

¹⁴¹ GROFF, Paulo Vargas. *Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras*. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 117. Acesso em nov 2013.

¹⁴² TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. P. 63.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 87.

¹⁴⁴ TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. p. 64.

¹⁴⁵ Idem. p. 64.

¹⁴⁶ GROFF, Paulo Vargas. *Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras*. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 119. Acesso em nov 2013.

trabalhador nos lucros da empresa, previdência mediante contribuição para a União, indenização no caso de dispensa imotivada, dentre outros¹⁴⁷.

Fruto de um período autoritário que teve como marco o golpe militar de 1964, a Constituição de 1967 que, com fundamento na segurança nacional, teve como características marcantes uma forte centralização do poder político nas mãos do Poder Executivo, diminuição das competências dos Estados e Municípios e dos direitos fundamentais¹⁴⁸. Em relação aos direitos fundamentais, a Carta de 1967, muito embora estivessem expressos no Texto Constitucional a proteção dos direitos à vida; a segurança; a propriedade e a igualdade, restringiu o acesso dos indivíduos ao Poder Judiciário (condicionando, quando fosse o caso, tal acesso ao esgotamento da via administrativa)¹⁴⁹. O direito à liberdade, por exemplo, sofreu notória limitação em seu exercício pelo cidadão quando da censura de espetáculos, a publicação de livros e periódicos, diversões e manifestações públicas que fossem consideradas como propaganda de subversão¹⁵⁰. Importante destacar também que os direitos sociais também foram alvo de restrições, haja vista a garantia do exercício do direito de greve ter sido retirada nesta Carta Constitucional¹⁵¹.

O processo de redemocratização do país no pós-ditadura, bem como as marcas da repressão deixadas pelo regime anterior foram forças motrizes que impulsionaram a criação de um texto que, apesar de ser analítico, se apresenta como avançado e preocupado com os direitos fundamentais¹⁵². Observando-se a topografia dos primeiros artigos da Constituição de 1988¹⁵³, é possível perceber a intenção do Constituinte Originário em destacar o elevado grau de importância

¹⁴⁷ Idem. P. 119.

¹⁴⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 95.

¹⁴⁹ TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. P. 65.

¹⁵⁰ idem. p. 65.

¹⁵¹ Idem. p. 66.

¹⁵² Idem. p. 66.

¹⁵³ “Os direitos individuais foram ainda consideravelmente reforçados, recebendo o *status* de cláusulas pétreas (art. 60, § 4o). É a primeira vez que uma Constituição brasileira coloca algum direito fundamental como cláusula pétrea, pois, na Constituição de 1969 (art. 47, § 1o), eram consideradas cláusulas pétreas apenas a República e a Federação, o que também ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores”. GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 126. Acesso em nov 2013.

que os direitos fundamentais possuem nesta nova conjuntura política¹⁵⁴. Ao se comparar a Constituição Cidadã com as Cartas Magnas anteriores, nota-se com bastante clareza que houve uma grande ampliação dos direitos fundamentais e a previsão de novas garantias, como o mandado de injunção e o *habeas data*¹⁵⁵. Os direitos à privacidade e à intimidade sempre foram abordados de forma indireta não somente na legislação infraconstitucional (a tutela do direito de vizinhança e o segredo da correspondência no Código Civil de 1916 e, a vedação de violação do domicílio no Código Penal), mas também nos textos constitucionais anteriores (como, por exemplo, a proibição de violação de correspondência), contudo, foi na Constituição de 1988 que houve a proteção expressa de tais direitos¹⁵⁶, conforme será analisado no tópico seguinte.

2.7

Direitos da personalidade: Classificação, evolução histórica e a sua inserção no contexto constitucional pátrio

2.7.1

Direito à imagem

A questão da proteção da imagem não é recente; contudo, com o grande avanço das telecomunicações e, principalmente, da internet, a doutrina pátria e internacional vem se debruçando cada vez mais sobre o tema com o fito de compreender melhor como o direito à imagem pode ser instrumentalizado nos dias atuais, não somente em relação ao indivíduo, mas também tendo como foco as pessoas jurídicas. Os primeiros estudos acerca dos direitos da imagem são datados da segunda metade do Século XIX, principalmente em países como a França, Alemanha e Estado Unidos, e tinham uma visão mais ampliada proteção da propriedade e, por via reflexa, a proteção à imagem e à intimidade¹⁵⁷. Segundo o doutrinador espanhol Tobeñas, é possível dividir a doutrina do direito à imagem

¹⁵⁴ Idem. p. 126.

¹⁵⁵ TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. *Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. p. 67.

¹⁵⁶ STUART, Ana Paula Didier. *A natureza jurídica do Direito à Intimidade*. Revista do Curso de Direito da UNIFACS, nº 140. 2012. <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1911>>. p. 08. Acesso em nov 2013.

¹⁵⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998. p. 46.

em três fases distintas: 1) a antiga, na qual a imagem era uma manifestação do corpo e, da mesma forma que o indivíduo tem direito ao corpo, também o tinha sobre a sua imagem; 2) posteriormente, entendeu-se que a imagem não era protegida *per se*, somente sendo cabível sua publicação quando não ocasionasse prejuízos à personalidade de outrem; destarte, a proteção da imagem neste caso era, indiretamente, uma forma de proteção da honra e, por fim, 3) o direito à imagem como um reconhecimento de um “espaço de reserva” do seu titular”¹⁵⁸.

É de se ressaltar que a teoria moderna do direito à própria imagem tem parte do seu fundamento oriundo da atribuição de valores ao ser humano por meio de ideias construídas na doutrina dos Direitos Naturais, sendo que o debate teve sua extensão majorada após a descoberta da fotografia em 1829 pelo francês Niceforo Niepce¹⁵⁹. Após o surgimento da fotografia, vale frisar que em abril de 1855 o Tribunal de Sena decidiu pela proibição da exposição ao público de um retrato de uma pessoa sem o consentimento desta¹⁶⁰.

No direito comparado, a positivação do direito à imagem é datada de 10 de Novembro de 1842, que era interpretada, posteriormente, de forma conjunta com a Lei da Fotografia de 1876 e, com base na normativa da propriedade intelectual e artística de 1855 da Áustria¹⁶¹. Na Bélgica, o direito à imagem nasceu em março de 1886, com a publicação da Lei de proteção do Direito do Autor, onde se estabeleceu, em nível europeu, alguns princípios relativos ao direito à própria imagem e, a sua concretização jurídico-constitucional se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948¹⁶².

Descrita uma breve trajetória histórica do direito à imagem, cumpre aqui conceituar o que vem a ser, com mais precisão, tal direito. Todavia, antes, antes de conceituá-lo, importante aqui entender o que vem a ser “imagem” em sua ideia mais essencial. Nesta seara, indispensável aqui transcrever o pensamento do Professor Walter Moraes que, de forma precisa, entende “imagem” como:

¹⁵⁸ TOBENAS, José Castan. Los Derechos de la Personalidad. Madri : Reus. 1952.

¹⁵⁹ SILVA, Marcos Antônio Duarte da. Direito à Imagem. Trabalho da Unidade Curricular: Seminário de Direito Civil. P. 04 <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/marcossilva_dtoimagem.pdf>. Acesso em 05 Nov. 2013.

¹⁶⁰ Idem. p. 04.

¹⁶¹ Idem p. 05.

¹⁶² Idem p. 05

“Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se, com De Cupis, que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito. Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito, os ‘retratos falados’ e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade. Por outro lado, imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante, como o teriam sustentado Schneickert e Koenig. Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros”¹⁶³.

Destarte, quando se trata da imagem como Direito Fundamental, está se analisando a individualidade e capacidade de comunicação integrante da dignidade da pessoa como ser humano¹⁶⁴. Nesse diapasão, tendo em vista a impossibilidade de dissociação da imagem do seu respectivo titular, o direito à própria imagem é considerado como inalienável, indisponível e intransmissível, contudo, é disponível no sentido de uso e exploração da imagem da forma como melhor convier ao seu titular.¹⁶⁵ Diante das ideias trazidas, crucial se faz a definição de Hermano Duval, que, para este, o “*Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior*”¹⁶⁶. Similarmente, Bittar assevera que o direito à imagem “consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos que a individualizam no seio da coletividade”¹⁶⁷.

¹⁶³ MORAES, Walter. Direito à própria imagem I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64.

¹⁶⁴ SILVA, Marcos Antônio Duarte da. *Direito à Imagem. Trabalho da Unidade Curricular: Seminário de Direito Civil*. P. 04 <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/marcossilva_dtoimagem.pdf>. Acesso em nov 2013.

¹⁶⁵ D’AZEVEDO, Regina Ferretto. *Direito à imagem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2306>>. Acesso em: 21 out. 2013. Acesso em nov 2013.

¹⁶⁶ DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva. 1988. p.105.

¹⁶⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos de Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 94.

O legislador constituinte originário, compreendendo a relevância do direito à imagem para o indivíduo, elevou o status do direito à imagem como um direito autônomo e, garantiu a sua proteção em nível fundamental na Carta Magna de 1988¹⁶⁸. No texto constitucional, o direito à imagem se encontra previsto no art. 5º, incisos V (que consagra a proteção da imagem), X (proteção da imagem per se) e XXVIII, alínea “a” (relativa a imagem no que tange ao criador da obra)¹⁶⁹.

2.7.2 Direito à honra

Na antiga Roma, não se garantia a proteção dos direitos da personalidade (sendo a sua defesa resguardada pela *actio injuriarum*) e, nos caso dos escravos, sequer possuíam proteção¹⁷⁰. Houve, em momento posterior, a regulamentação da injúria, que compreendia não somente os danos de natureza física, mas também, as ofensas intencionais direcionadas à liberdade e à honra do indivíduo¹⁷¹. Por seu turno, o Direito Ático tratou a injúria e a difamação de forma mais restritiva, sendo que tais ofensas somente seriam consideradas se praticadas contra magistrados, mortos, em santuários e tribunais¹⁷². Por fim, conveniente também mencionar o Direito Canônico o qual focava na boa reputação entre sacerdotes e leigos e, penalizando determinadas condutas tais como bigamia, incesto e adesão a outra religião¹⁷³.

A proteção dos direitos da personalidade, com destaque ao direito à honra, até o início do século XIX era pouco abordada nas legislações européias, havendo apenas poucos dispositivos fragmentados tratando do tema¹⁷⁴. No Brasil, os Códigos Penais de 1830 e 1890 previam a condutas de calúnia e injúria e, somente

¹⁶⁸NETTO, Domingos Franciulli. *A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 1, p. 1-74, Jan./Jul. 2004. P. 32.

¹⁶⁹Idem. p. 34

¹⁷⁰PEREIRA, Maurício Gonçalves. *Direito à honra e a (In)justiça do valor das indenizações por danos morais*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 2981. <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3505.pdf>>. Acesso em nov 2013.

¹⁷¹SILVA, Wilson Melo da. Apud AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 7.

¹⁷²PEREIRA, Maurício Gonçalves. *Direito à honra e a (In)justiça do valor das indenizações por danos morais*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 2981. <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3505.pdf>>. Acesso em nov 2013.

¹⁷³Idem. p. 2981.

¹⁷⁴Idem. p. 2981.

no Código Penal de 1940, foi disciplinado o crime de difamação, condutas essas que versam sobre violações da honra do indivíduo¹⁷⁵.

Os pilares levantados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, principalmente quanto aos direitos da personalidade, são de inegável importância para o mundo e, em seu art. 12, dispôs que “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques¹⁷⁶”.

A Constituição Cidadã, em seu art. 5º, inciso X, prevê à proteção da honra com o direito a indenização pelo dano material ou moral em razão da sua violação, assim como, garantiu a sua inviolabilidade¹⁷⁷. É digno de nota frisar que essa proteção é reforçada com a construção jurisprudencial pátria, aumentando a punição dos ofensores e ressaltando a importância dos valores morais¹⁷⁸.

Não existe um consenso entre doutrinadores acerca do conceito de honra, contudo, para boa parte da doutrina, houve uma equiparação da honra à própria vida e, para outra parte, é entendido como bem supremo¹⁷⁹. Sobre o tema, Antônio Chaves, no prefácio da obra de Aparecida Amarante, afiança:

“A honra - sentenciou Ariosto - está acima da vida. E a vida - pregou Vieira - é um bem imortal: a vida, por larga que seja tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos. A vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos, na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal; menos cruel e mais piedosa se o puder matar”¹⁸⁰.

Nelson Hungria, ao conceituar honra, expressa que “quer como o sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os

¹⁷⁵ Idem. p. 2981.

¹⁷⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

¹⁷⁷ Idem. p. 2891.

¹⁷⁸ Idem. p. 2891.

¹⁷⁹ Idem p. 2982.

¹⁸⁰ Apud AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. 6ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2005. p. xi

nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama)”¹⁸¹. O Professor Carlos Bittar, diferenciando a honra em seu sentido objetivo e subjetivo, afirma o seguinte:

“o reconhecimento do direito em tela prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro. Alcança também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva), de que separamos, no entanto, os conceitos de dignidade e de decoro, que integram, em nosso entender, o direito ao respeito, ou seja, modalidade especial de direito da personalidade apartada do âmbito geral da honra (que, na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto)”¹⁸².

Independentemente do conceito a ser definido, é de essencial importância compreender que a honra integra o rol de direitos fundamentais de qualquer indivíduo, bem como, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸³. O direito à honra, assim como os demais direitos fundamentais, é personalíssimo, irrenunciável, inalienável, intransmissível (ressalvada a hipótese do art. 943 do Código Civil) e, a proteção de eventual lesão sofrida está sujeita aos prazos prescricionais do Código Civil Brasileiro¹⁸⁴. Não obstante a sua proteção em caráter fundamental, o direito à honra não é absoluto. Consoante Carlos Bittar, tal direito pode ser flexibilizado por meio de consentimento do seu titular ou, regra legal como ocorre na *exceptio veritatis* e, do eventual constrangimento oriundo de uma ordem judicial¹⁸⁵.

2.7.3 Direito à privacidade

Conforme descrito alhures, os romanos não tratavam da proteção dos direitos da personalidade, mas sim de isoladas manifestações destes¹⁸⁶. Outrossim,

¹⁸¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. Arts. 137 a 154. Rio de Janeiro : Forense, 1958, p. 39

¹⁸² BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003, p. 133.

¹⁸³ PEREIRA, Maurício Gonçalves. *Direito à honra e a (In)justiça do valor das indenizações por danos morais*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 2982. <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3505.pdf>>. Acesso em nov 2013.

¹⁸⁴ Idem. p. 2982.

¹⁸⁵ *Os Direitos da Personalidade*. 6. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003, p. 135.

¹⁸⁶ Maia, Luciano Soares. *A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais*. CONPEDI

essas manifestações, tais como a intimidade, obtinham, mesmo que de forma bastante incipiente, algum tipo de proteção¹⁸⁷.

A ideia de privacidade, apesar de não se confundir com a intimidade, tem laços bastante estreitos com esta e, nesse sentido, professora Vânia Siciliano Aieta frisa que a intimidade adquiriu autonomia ideológica a partir do desenvolvimento dos núcleos urbanos e com o aumento da expectativa de proteção da intimidade por parte da burguesia¹⁸⁸. Em um primeiro momento, pode-se inferir que o direito da proteção da intimidade germinou de forma concomitante com a consagração de um privilégio de uma classe social e, ao contrário do que comumente se presume, não como uma necessidade básica dos homens¹⁸⁹. Com o surgimento do capitalismo e fortalecimento do processo de industrialização, houve a disseminação do direito à privacidade em todas as camadas sociais¹⁹⁰.

É possível afirmar que o marco dos estudos acerca do direito à privacidade tem início no final do Século XIX, quando da publicação do importante *paper* “*The right to privacy*” pelos juristas norte-americanos Warren e Brandeis¹⁹¹. Os juristas norte-americanos foram pioneiros nos estudos relacionados ao direito à privacidade, pois, estes conseguiram, com fundamento na inviolabilidade pessoal da intimidade, delinear os contornos jurídicos de tal direito a fim de assegurar-lhe uma relativa autonomia no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América¹⁹².

É inegável reconhecer que o direito à privacidade se encontra intrinsecamente ligado ao desenvolvimento da personalidade individual, haja vista

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia.pdf>. p. 454. Acesso em nov 2013.

¹⁸⁷ Idem p. 454.

¹⁸⁸ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 78.

¹⁸⁹ Maia, Luciano Soares. *A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais*. CONPEDI <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia.pdf>. P. 454. Acesso em nov 2013.

¹⁸⁹ Idem p. 455.

¹⁹⁰ Idem p. 455.

¹⁹¹ Vidal, Gabriel Rigoldi, UNESP - Universidade Estadual Paulista- Campus de Franca - SP, Brasil. n. 1 (2010) - Artigos **PRIVACIDADE E INTERNET**. *Revista Eletrônica de Direito/UNESP*, Franca, SP, Brasil - eISSN 2179-4359 <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/278/365>>. P. 02. Acesso em nov 2013.

¹⁹² Idem. p. 02

o sigilo, autonomia e controle das informações serem atributos necessários para a definição do indivíduo como titular de tal direito¹⁹³.

Consoante o já abordado linhas retro da presente pesquisa¹⁹⁴, o direito à privacidade, apesar de indiretamente tratado quando da criação da regra constitucional da inviolabilidade do domicílio e do sigilo das correspondências e comunicações, somente passou a ser contemplado como preceito fundamental, quando da promulgação da Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, inciso X, que dispõe o seguinte: “a proteção ao direito à privacidade quando estabelece que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹⁹⁵.

Diante da conjuntura histórica na qual a Constituição Brasileira de 1988 foi criada e, em função das reiteradas exposições da vida alheia por parte de uma imprensa mais fortalecida que, em alguns momentos pareceu ter se desvencilhado de alguns preceitos éticos e legais, expôs de abusivamente a vida de determinadas pessoas, ocasionando, em diversos momentos, danos irreparáveis às pessoas ou, às suas próprias famílias¹⁹⁶.

Após breve contexto histórico acerca do surgimento do direito à privacidade, oportuno se faz, apesar da ausência de consenso entre os diversos estudiosos, trazer à baila o que vem a ser o conceito de privacidade¹⁹⁷ que, conforme doutrina de *Brandeis e Warren*, é primordialmente compreendido como o direito de estar só (*right to be alone*)¹⁹⁸, ou seja, de não estar em sociedade a todo o momento.

José Afonso da Silva, de forma mais ampla, define privacidade como:

¹⁹³ Idem. p. 03.

¹⁹⁴ Abordagem esta realizada quando examinado o histórico dos direitos fundamentais sob a perspectiva das diversas constituições brasileiras outorgadas ou, promulgadas.

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

¹⁹⁶ GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 45.

¹⁹⁷ “Privacidade deriva do latim *privatus*, que significa *fora do Estado, pertencente à pessoa ou ao indivíduo mesmo*.” SAMPAIO, José Adércio Leite, *Direito à intimidade e à vida privada*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.34.

¹⁹⁸ BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. *The right to privacy*. Harvard Law Review, vol. 4, 1890.

“O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”¹⁹⁹.

Já o professor Alexandre Atheniense, descreve privacidade como uma faculdade pertencente a qualquer indivíduo de manter fatos e atividades relativas a sua própria pessoa fora do alcance de terceiros²⁰⁰. De forma não muito diferente, Victor Drummond conceitua privacidade como “a distância confortável que uma pessoa mantém, espontaneamente, desde a sua mais profunda individualidade até o mundo exterior”²⁰¹.

2.7.4 Direito à intimidade

Dentre os tipos de direito da personalidade analisados neste capítulo, o direito à intimidade assume um papel de maior destaque neste contexto em função do objeto de pesquisa a que se pretende esclarecer ao final deste trabalho. Visando obter uma compreensão melhor deste direito, será descrita a evolução histórica do direito à intimidade, bem como, quais as dimensões que este pode assumir.

Em seguida, buscar-se-á examinar como tal direito é abordado na legislação infraconstitucional e, como se dá a sua prevenção e, quando violado, sua reparação. Ato contínuo, será estudado como o direito à intimidade se relaciona com o direito do trabalho e, por fim, quais seriam os contornos jurídicos que esse direito pode assumir frente aos avanços tecnológicos incorporados ao ambiente de trabalho.

2.7.4.1 Evolução histórica

Ao se fazer um sintético histórico do direito à intimidade, poder-se-á afirmar que, as sociedades antigas do mundo oriental desconheciam o que vem a

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 206

²⁰⁰ RODRIGUES, Alexandre. *A privacidade na “ICP-Brasil”*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=8233>. Acesso em Out. 2013.

²⁰¹ DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: 2003. P. 18.

ser os direitos da personalidade (no tocante ao âmbito do inacessível ou reservada do indivíduo) na relação entre o estatal e a própria sociedade²⁰². A sinergia que havia entre o Estado e o indivíduo era no sentido deste servir à aquele, não havendo espaço para a criação de um espaço íntimo privado de um integrante da sociedade²⁰³. À época, no mundo ocidental, também não havia um conceito de intimidade para o indivíduo dentro de um contexto jurídico-político. O ocidente se diferenciava do oriente basicamente quanto a estrutura política baseada em valores filosóficos-jurídicos socialmente validados²⁰⁴. Frisa-se ainda que, na Grécia Antiga, qualquer preocupação com a intimidade e à vida privada dos cidadãos era descabida pois, nas palavras de Aristóteles, na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente²⁰⁵.

Na Idade Média, com o desenvolvimento dos feudos e a fragmentação do poder entre os senhores feudais, encerram com a antiga prevalência de um poder público sobre o privado²⁰⁶. É válido asseverar que as próprias circunstâncias em que boa parte das sociedades feudais vivia (com o trabalho voltado para o campo e numa cultura de subsistência) não havia necessidade de uma discussão sobre qualquer direito à intimidade²⁰⁷.

Após a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder, buscou-se instalar uma noção de liberdade que fosse resguardada jurídica e formalmente e, por via de consequência, uma esfera de individualidade do cidadão que fosse inacessível ao Estado. Nasce daí as primeiras noções de privado e privacidade²⁰⁸. Com a derrubada da monarquia absolutista pela burguesia, o antigo modelo social no qual o cidadão existia para servir ao Estado ruíu. É neste momento em que se verifica a necessidade de criação de um direito à vida e à

²⁰² MERTENS, Fábio Alceu. *Análise histórica e legislativa do princípio constitucional da inviolabilidade à vida privada e à intimidade*. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 01, n. 01, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. P. 184.

²⁰³ Idem. p. 184

²⁰⁴ Idem p. 184

²⁰⁵ TEIXEIRA, Eduardo Didonet, HAEBERLIN, Martin. *A proteção da Privacidade*. p. 31.

²⁰⁶ Idem. p. 184

²⁰⁷ Idem. p. 185

²⁰⁸ Idem. p. 185

intimidade de maneira formal, assim como, os demais direitos fundamentais de primeira geração²⁰⁹.

A publicação do *paper* “*The Right to Privacy*” pelos juristas norte-americanos Warren e Brandeis não foi somente um marco para o direito à privacidade, mas também, para o direito à intimidade devido ao “reconhecimento do significado da natureza espiritual do homem, seus sentimentos e seu intelecto”²¹⁰. As questões e argumentos levantados por ambos estudiosos foi extremamente marcante e irreversível sobre a importância de se positivar os direitos do cidadão de não ter a sua privacidade e intimidade devassada²¹¹.

O ano de 1948 é outra data marcante para a proteção do direito à intimidade, pois, com a elaboração da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no mês de maio e, posteriormente, a publicação, em dezembro, da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, houve a positivação em nível internacional do direito humano à intimidade e à vida privada²¹². Vejamos, *in verbis*, o conteúdo de ambos os textos:

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:

“Artigo V

Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”²¹³.

Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”²¹⁴.

²⁰⁹ Idem. p. 185.

²¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. p. 39.

²¹¹ MERTENS, Fábio Alceu. *Análise histórica e legislativa do princípio constitucional da inviolabilidade à vida privada e à intimidade*. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 01, n. 01, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. p. 186. Acesso em Nov. 2013.

²¹² Idem. p. 187.

²¹³ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Resolução XXX, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. <http://joomla.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_assistencia/Arquivos/declaracao_americana.pdf>. Acesso em Nov. 2013.

²¹⁴ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

Desta maneira, nota-se que houve um desenvolvimento mais profundo do direito à intimidade após a sua consolidação em legislações internacionais e, de forma concomitante, com o desenvolvimento dos Estados democráticos Modernos e o progresso técnico-científico vivenciado em todo mundo²¹⁵. Diante de toda essa conjuntura, Ingo Scarlet sintetiza com clareza que a:

“(...) elaboração progressiva do conceito do direito à intimidade e à vida privada, numa trajetória de revelação de seu conteúdo que parte de muitos pontos e de épocas diferentes dentro do mundo jurídico até a sua confluência por volta de 1890; e ainda mais precisamente até os chegados anos 60 e 70, à medida que diversos fatores sociais, como o crescimento das cidades, a criação de uma sociedade de consumo e o desenvolvimento assustador da tecnologia passaram a conjugar para exigir um sistema de proteção mais refinado e mais consentâneo com os perigos dos novos tempos”²¹⁶.

2.7.4.2

Conceito de direito à intimidade e a sua distinção entre direito à vida privada

Em termos filosóficos, pode se depreender que intimidade “constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo”²¹⁷. Quanto às origens históricas do direito à intimidade, existem duas importantes correntes doutrinárias que merecem destaque: a primeira corrente, que é formada por doutrinadores anglo-saxões como H. Kulmann, Alan Westin e Paul Muller, no qual veem a intimidade como um atributo congênito do ser humano e, em função disso, deve receber a devida tutela jurídica e, no caso da segunda corrente, constituída de juristas como Stefano Rodotà, Gérald Messadié e L. Munford, esta pressupõe o reconhecimento do direito à intimidade como fundamental não por um fator biológico, mas sim pelos elementos culturais e políticos²¹⁸. Não obstante ambos os posicionamentos merecerem todo o respeito e credibilidade, preferimos, sem

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em Nov. 2013.

²¹⁵ MERTENS, Fábio Alceu. *Análise histórica e legislativa do princípio constitucional da inviolabilidade à vida privada e à intimidade*. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 01, n. 01, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. P. 190. Acesso em Nov. 2013.

²¹⁶ SCARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 10.

²¹⁷ ZAVALA DE GONZÁLES, M. *Derecho a la Intimidad*, p. 175 apud MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. El deber del profesión frente a la intimidad de su cliente. Revista da Facultad de Derecho de Mexico. Tomo XLIII, enero-abril de 1993, n. 187, 188.

²¹⁸ MOREIRA, Renato de Castro. *O direito à liberdade informática*. Revista dos Tribunais. 2000, Rio de Janeiro: RT, v. 778, p. 17-41, ago. 2000, p. 21.

descartar, contudo, a influência que o segundo entendimento assume na compreensão do direito à intimidade, nos posicionar nos termos da primeira corrente por entender que o indivíduo, mesmo sendo um ser que busca convívio social, necessita, em vista do caráter biológico da natureza humana, de um determinado grau de intimidade, apesar da possibilidade desse grau variar conforme entre as populações no mundo.

Após breve exame da ideia básica do que vem a ser intimidade, cumpre-nos a seguir traçar um panorama conceitual do que vem a ser direito à intimidade que, para Pontes de Miranda, seria aquele que busca salvaguardar as pessoas das interferências alheias na esfera íntima de uma pessoa, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem²¹⁹. Esse direito tem como pilar de sustentação o direito à liberdade de fazer e de não fazer²²⁰. Valentín Carrascosa, no mesmo sentido, define direito à intimidade como o de não ser conhecido em determinados aspectos da vida por outras pessoas; poder-se-ia dizer o direito ao segredo que visa resguardar aquilo que somos ou que fazemos do conhecimento da sociedade²²¹. Adriano de Cupis, por seu turno, assevera que o direito à intimidade funciona como uma espécie de “protetor de um modo de ser pessoal, que excluí os outros do conhecimento da esfera mais intensa e pessoal do indivíduo”²²². Na mesma esteira se encontra Alexandre de Moraes que, com base nas lições de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, diz que à intimidade é concernente às relações de foro íntimo do indivíduo, que estaria contida em um conjunto maior que é a vida privada²²³. José Adércio Leite Sampaio avalia o conceito de direito à intimidade como uma espécie do gênero vida privada, sustentando que este direito se constitui em “um conjunto de faculdades, consistentes na seletividade de informações que ingressam no campo de percepção individual e de controle sobre

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C., *Tratado de Direito Privado*, v. VII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 124.

²²⁰ Idem. P. 124.

²²¹ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. *Derecho a la intimidad e informatica. Informatica y derecho*, p. 11.

²²² DE Cupis. *I diritti della personalità*. p. 283. Apud Aieta, Vânia Siciliano. A garantia da intimidade como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 106.

²²³ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35. Apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. Rev. Ampl. E atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 73.

aquelas que dela participam”²²⁴. Nesse contexto, Tércio Sampaio Ferraz explica com perspicuidade que

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange²²⁵.

Não obstante a diversidade de conceitos acima descrita, é possível inferir que existe um relativo consenso entre os estudiosos da área quanto ao objeto a ser protegido pelo direito à intimidade que, via de regra, são os fatos, circunstâncias e ações que o indivíduo possui de mais particular e íntimo em sua vida e, quer manter fora do conhecimento da sociedade na qual se encontra inserido. Apesar de possuírem acepções semelhantes e, de certa forma, serem utilizados indistintamente na linguagem comum, o direito à intimidade e a vida privada, para a maior parte da doutrina, não se confundem. Ao se examinar de forma mais detida o direito à intimidade e o direito à vida privada, conforme já mencionado alhures, é possível notar que o primeiro está inserido no segundo, haja vista a intimidade ser entendida como uma esfera mais restrita que a da vida privada. Rene Dotti ressalta que o conteúdo do direito à vida privada é mais amplo que o da intimidade, não tendo este, por englobar outras manifestações, uma natureza tão espiritual quanto aquele²²⁶. O jurista Marcelo Pereira, enfatizando essa diferença, destaca que a vida privada seria, em um primeiro momento, tudo o que não esteja inserido na esfera da intimidade, mas, por outro lado, não fica exposto à sociedade²²⁷. Visando delimitar com maior clareza, Tércio Sampaio Ferraz afirma que:

A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer

²²⁴ idem. p. 73.

²²⁵ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 449.

²²⁶ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

²²⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à Intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 140.

a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão²²⁸.

2.7.4.3

Dimensões do Direito à intimidade

O direito à intimidade possui uma dupla dimensão que se caracteriza por uma ótica subjetiva e outra objetiva. A dimensão subjetiva do direito à intimidade, garantida por norma constitucional, é compreendida pelo poder que o indivíduo possui de exigir que terceiros respeitem à sua intimidade²²⁹. Essa visão subjetiva é estruturada com base na diversidade possível de titulares²³⁰; na exigência de um comportamento negativo (abstenção/não-intromissão) e, direcionada aos mais diversos destinatários: legislador, entes públicos e privados, etc²³¹.

Além de o seu aspecto subjetivo, o direito à intimidade também possui uma faceta objetiva que se consubstancia em um sentido material de "valor da comunidade"²³². Essa dimensão se apresenta de duas importantes formas: a primeira delas é como um "instrumento de atuação social do indivíduo", garantindo a este poderes e faculdades jurídicas, adquirindo um status muito mais elevado do que um simples meio de realização de fins sociais e coletivos²³³. A segunda forma seria, por parte do Estado, a sua otimização com vistas a torná-lo prático e efetivo, não cabendo a este apenas se abster. Ademais, criar-se-ia,

²²⁸ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 450.

²²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*: Belo Horizonte: Del Rey. 1998. p. 214.

²³⁰ Entre esses titulares, incluem-se as pessoas jurídicas pois, "a adaptação do conceito e de sua extensão são exigências não apenas de ordem dogmática, mas sobretudo da prática jurídica e dos negócios. Os chamados "segredos industriais" são manifestações do direito de propriedade? São, mas não deixam também de refletir um certo sentido de intimidade, de contentação de informações, que dizem respeito à vida privada da empresa, em que pese de outro lado o vetor econômico, móbil da tutela igualmente". (idem. p. 219). Não se pode olvidar ainda, apesar da existência de divergência doutrinária, a titularidade do direito à intimidade por pessoas falecidas por considerar que "a memória do *de cujus* integraria a sua intimidade, não ocorrendo caducidade do seu direito respectivo pelo simples fato da morte ou pelo transcurso do tempo após sua ocorrência, podendo, conseqüentemente, falar da transmissão de um patrimônio moral, além de outro material". (idem. p. 219).

²³¹ idem. p. 214.

²³² idem. p. 221.

²³³ idem. p. 222

simultaneamente, uma "obrigação objetiva da proteção" com tarefas não somente em nível estatal, mas também, social e individual²³⁴.

2.7.4.4

Direito à intimidade na legislação infraconstitucional e na Constituição de 1988

O ordenamento jurídico pátrio possui atualmente uma estrutura adequada de proteção não somente do direito à intimidade²³⁵, mas também do da privacidade nos mais variados diplomas legais, conforme será trazido nas linhas que se seguem.

O Código Civil de 2002, ao contrário do de 1916²³⁶, abordou de forma explícita e genérica, em seu capítulo II, os direitos da personalidade, contudo, para alguns autores como Estevão Mallet e Gustavo Tepedino, essa proteção é feita de forma muito acanhada²³⁷ e de regras mais abrangentes que protejam o indivíduo contra qualquer ofensa moral ou física que viole à sua personalidade²³⁸. Ademais, diversos outros diplomas buscam tutelar, seja direta ou, indiretamente, o direito à intimidade, como se observa quando da proteção às crianças e adolescentes, os quais se encontram resguardados no art. 100, parágrafo único, inciso V do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069/90); o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) não quedou-se silente quanto a proteção do direito à intimidade, conforme se observa em seu art. 155; o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/41), no mesmo sentido, tutelou tal direito por meio do seu art. 233; O Código Penal (Decreto-lei 2.848/40) garantiu a proteção ao direito à intimidade do indivíduo ao tratar, na seção II, dos crimes contra inviolabilidade, das

²³⁴ idem. p. 222

²³⁵ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. *A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2009. < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosJA_1.pdf>. p. 93. Acesso em Nov. 2013.

²³⁶ O foco principal que norteou a elaboração do Código de 1916 foi a “preocupação de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.” GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. AJURIS, n. 9, 1977, p. 30.

²³⁷ TEPEDINO, Gustavo. *O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, n. 7, 2001, p. III-IV apud LEWICKI, Bruno. Op. cit., p. 68.

²³⁸ MALLET, Estevão. *Direitos de personalidade e Direito do Trabalho*. Revista LTr, v. 68, n. 11, nov. 2004, p. 1309.

comunicações telegráficas, radioelétricas e telefônicas e, na seção IV, quanto aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos²³⁹.

A Constituição de 1988, em grande medida por conta de um contexto histórico pós-ditadura e com um forte viés democrático, demonstrou comprometimento com os direitos da personalidade consagrando-os em seu art. 5º, inciso X, com o status de cláusula pétrea²⁴⁰:

"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;"²⁴¹

Não obstante a proteção garantida no inciso acima, a Carta Magna, mesmo que indiretamente, faz perceber o direito à intimidade nos incisos V (direito de resposta), XI (inviolabilidade do domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo à correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações, XIV (o resguardo da fonte, quando necessário para o exercício da profissão), XXVII, alínea "a" (o direito de inédito no universo do direito autoral e da propriedade industrial), LX (restrição à publicidade dos atos processuais) e LXXII (*habeas data*)²⁴².

2.7.4.5

O direito à intimidade no âmbito trabalhista

O direito à intimidade, assim como ocorre com a privacidade e a tutela à vida privada, possui como atributo marcante a sua oponibilidade *erga omnes* e, portanto, muito embora a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não faça qualquer referência a esses direitos por já se encontrarem previstos no texto

²³⁹ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. *A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2009. < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosJA_1.pdf>. p. 93.

²⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro*. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47.

²⁴¹ BRASIL. Constituição Federal: Vade Mecum Saraiva. São Paulo, Saraiva, 2012 p. 252.

²⁴² MELO, Bruno Herrlein Correia de Melo. *Fiscalização do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho*. São Paulo. Servanda.2007. p. 81.

constitucional, são também oponíveis em face do empregador²⁴³. Ocorre que a Constituição de 1988 assegura, de igual forma, o direito à propriedade e, deste modo, sem perder de vista a proteção da dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade inevitavelmente sofre algumas limitações²⁴⁴. Sobre o tema, Estevão Mallet destaca que a:

"(...) visão reducionista do legislador, que tratou da relação de emprego como se nela as obrigações das partes se restringissem à prestação do trabalho pelo empregado, de um lado, e ao pagamento da remuneração pelo empregador, de outro lado. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial, o que se mostra tanto mais injustificável quanto é certo que, sendo empregado, sempre e necessariamente, pessoa física (art. 3º, da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer contrato de trabalho"²⁴⁵.

Importante frisar que a CLT possui como uma de suas vigas de sustentação a proteção da integridade física do trabalhador quando no exercício das suas atividades laborativas, deixando de forma secundária a tutela dos direitos de ordem privada do empregado²⁴⁶. Inobstante à proteção da intimidade do empregado ter sido deixada em segundo plano, o art. 483 da CLT veda que o empregador atente, por meio de ações ou palavras, contra a honra e a boa fama do empregado²⁴⁷. Vale ainda ressaltar a inclusão do art. 373-A pela Lei nº 9.799/99, que obsta o empregador realizar a revista íntima em seus empregados²⁴⁸.

Importante não perder de vista que não somente os empregados podem sofrer violações quanto à sua intimidade, mas também o próprio empregador, consoante o que se observa nos arts. 482, alínea "j" e, 483, alínea "e", da CLT²⁴⁹.

Em vista do exposto, mesmo considerando a escassez de positivação do direito à intimidade do trabalhador na CLT, é certo que a possibilidade de aplicação subsidiária do Código Civil (art. 8º da CLT), assim como as normas

²⁴³ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*, 2.ed. São Paulo: LTr, 2009, p.38-39.

²⁴⁴ idem. p. 39.

²⁴⁵ MALLET, Estevão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005. p. 18.

²⁴⁶ idem 39.

²⁴⁷ idem. p. 39.

²⁴⁸ idem. p. 14.

²⁴⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho*. Revista Depoimentos. nº 09, 03.2006, p. 14.

constitucionais fornecem elementos suficientes para suprir tais lacunas na seara trabalhista²⁵⁰.

2.7.4.6

Prevenção e reparação da violação aos direitos à intimidade no âmbito laboral

A Constituição Federal e alguns diplomas legais prevêm não somente a proteção, mas também, a reparação nos casos de ameaça e violação do direito à intimidade. A tutela antecipada (art. 273), a tutela cautelar por meio do poder geral de cautela (arts. 798 e 799), todos do Código de Processo Civil e, o art. 12 do Código Civil visam a instrumentalizar formas de o indivíduo se proteger de possíveis ameaças contra o seu direito à intimidade²⁵¹. Em se tratando da reparação, esta comumente se mostra bastante difícil ou insuficiente para o ofendido após a concretização da violação, razão pela qual aumenta a importância de se prevenir a sua ocorrência²⁵².

O dano moral e material advindo da violação do direito à intimidade de um indivíduo pode ser reparado com fulcro nas normas atinentes à responsabilidade civil (arts. 185, 186 e 927 a 954 do Código Civil) e, com base nos dispositivos que tratam da tutela específica das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa (arts. 461 e 461-A), todos do Código de Processo Civil). No âmbito da legislação trabalhista, o contrato de trabalho pode ser motivadamente rescindido com fundamento no art. 482, alíneas "b" e "e" da Consolidação das leis do Trabalho²⁵³.

É de boa técnica destacar que existe uma finalidade dúplice quando da reparação do dano, pois, além de o caráter indenizatório inerente aos casos de reparação do dano moral, existe o pedagógico que objetiva evitar que situações semelhantes se tornem recorrentes por parte do empregador²⁵⁴. Destarte, é

²⁵⁰ idem p. 14.

²⁵¹ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. *A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2009. < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosJA_1.pdf>. p. 93. Acesso em Nov. 2013.

²⁵² idem. p. 93.

²⁵³ idem. p. 93.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2007, p. 214.

importante que o juiz arbitre o valor da reparação com cautela, a fim de não fixar montantes exorbitantes que prejudiquem a própria atividade empresarial do empregador e, na outra ponta, não estabeleçam quantias irrisórias que fiquem aquém da devida compensação à vítima²⁵⁵.

2.7.4.7

O direito à intimidade frente aos avanços tecnológicos no ambiente de trabalho

Com a introdução de novas tecnologias no ambiente laborativo e com o uso cada vez mais crescente da internet como forma de elevar a produtividade das empresas, foi levantada a questão concernente a necessidade ou não de se criar um novo direito à intimidade que tutelasse a proteção dos dados pessoais²⁵⁶. Nesse sentido, merecem destaque duas correntes doutrinárias que buscam solucionar o aparente conflito latente entre empregado e empregador quanto à proteção dos dados relacionados à intimidade ao trabalhador. A primeira corrente sustenta a desnecessidade de se criar um novo direito à intimidade com a finalidade específica de se proteger, no ambiente digital, os dados de caráter privado, pois, o bem jurídico em discussão já se confunde com o objeto a ser tutelado pelo direito à intimidade²⁵⁷. Já a segunda corrente, diametralmente oposta a primeira, entende ser necessário a criação de um novo tipo de direito, acreditando que:

"A insuficiência dos instrumentos de tutela jurídica do clássico direito à intimidade para a proteção dos indivíduos frente aos avanços tecnológicos; e a particularidade do bem jurídico protegido pela concepção clássica do direito à intimidade, que não corresponderia com bem jurídico protegido por esse novo direito"²⁵⁸.

É inegável o fato de que as novas tecnologias (principalmente na área de telecomunicações), favorecem de maneira exponencial no aumento da produtividade na seara trabalhista, contudo, cumpre destacar que novas situações estão sendo vivenciadas pelos dois lados da relação trabalhista, como o uso do e-mail pessoal no local de trabalho, acesso as sítios eletrônicos não relacionados a atividade laborativa, etc.

²⁵⁵ idem. 94.

²⁵⁶ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à Intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 148.

²⁵⁷ idem. p. 148.

²⁵⁸ idem. p. 150.

Diante dessa conjuntura, é importante refletir e debater a real necessidade de se construir novas normas nesta seara, haja vista os avanços tecnológicos terem criado um contexto absolutamente novo no âmbito do local de trabalho, contudo, independentemente da ideologia que se seguir, o foco constitucional deve sempre nortear a proteção da intimidade do trabalhador, quer seja no mundo analógico, quer seja na dimensão virtual.

2.7.4.8

A tutela da correspondência no contexto do Direito à intimidade

A intimidade, conforme analisado alhures, é relacionada a uma esfera mais reservada do indivíduo, o qual só a compartilha se assim o desejar e, nesse âmbito, a correspondência se apresenta como uma das formas possíveis de compartilhamento dessa intimidade, sendo a sua inviolabilidade uma proteção constitucionalmente garantida²⁵⁹ no inciso XII, art. 5º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

"Art. 5º

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal";²⁶⁰

Nesta linha, Vânia Aieta esclarece ainda que “considerando o seu caráter subjetivo, pessoal e confidencial, faz-se imprescindível que a correspondência não se transforme em objeto da curiosidade e da má fé de terceiros”²⁶¹. Ainda nessa mesma esteira segue Paulo Costa destacando que “assim como o domicílio é a projeção espacial da pessoa, a correspondência é a projeção espiritual da personalidade e, como tal, merece proteção idêntica”²⁶². Esse valor subjetivo que a correspondência carrega dentro desse contexto de proteção da intimidade do indivíduo, não fica adstrito à correspondência da forma convencional que

²⁵⁹ COELHO, Luíza Tângari *A proteção da intimidade na correspondência eletrônica: extensão da tutela da correspondência tradicional?* Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 355 - 395, jul./dez. 2012. p. 365.

²⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

²⁶¹ AIETA, Vania Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 124.

²⁶² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 78, citando CRESPI em La Tutela Penale Del Segreto, p. 60.

conhecemos²⁶³, mas também das comunicações eletrônicas feitas via correio eletrônico (e-mail)²⁶⁴. Ademais, apesar da forma e meios de uso serem distintos²⁶⁵, ambos são relacionados à mensagens escritas destinadas a uma ou mais pessoas²⁶⁶.

Tendo em vista a tutela constitucional dada à correspondência e, sendo essa proteção contraposta ao direito fundamental à propriedade dos meios de produção pelo empregador, torna-se crucial examinar com maior profundidade o uso do correio eletrônico (seja ele pessoal ou profissional) no ambiente laboral no capítulo a seguir.

²⁶³ "Dentre estes, incluem-se os meios que, como as cartas, expressam, por meio de palavras escritas, algo que os interlocutores queiram dizer uns aos outros e que, devido à separação física entre eles ou a algum aspecto de sua vontade, deve ser feito por meio de um instrumento a ser enviado e entregue ao seu destinatário. A correspondência eletrônica é, então, uma troca de mensagens escritas, assim como a correspondência tradicional, feita por meio de circuitos ou ondas elétricas". COELHO, Luíza Tângari *A proteção da intimidade na correspondência eletrônica: extensão da tutela da correspondência tradicional?* Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 355 - 395, jul./dez. 2012. p. 367.

²⁶⁴ COELHO, Luíza Tângari *A proteção da intimidade na correspondência eletrônica: extensão da tutela da correspondência tradicional?* Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 355 - 395, jul./dez. 2012. p. 366.

²⁶⁵ "a diferença entre os dois reside em apenas dois aspectos. O primeiro relaciona-se à materialidade da correspondência, pois na correspondência tradicional existe um objeto físico (e.g. a carta, em si), o que inexistia na correspondência eletrônica, na qual a comunicação é feita por meio de ondas elétricas e codificações eletrônicas, existindo apenas no mundo virtual. A outra diferença reside na forma de envio, pois enquanto os e-mails são enviados eletronicamente, as cartas são enviadas por meio do serviço postal". *idem.* p. 367.

²⁶⁶ *idem.* p. 367.

3

O Monitoramento do Correio Eletrônico nas Relações de Emprego

3.1

Poder Diretivo

3.1.1

Breve evolução histórica

Antes de efetivamente definirmos o conceito, bem como os desdobramentos e limites do que vem a ser poder diretivo do empregador, importa perfazer neste tópico um breve esforço histórico de tal poder a fim de melhor compreender a sua aplicação na atual conjuntura do direito trabalhista pátrio.

A segunda metade do Século XVIII é indubitavelmente vista como um marco histórico da civilização ocidental no que tange as relações de trabalho em função do fortalecimento do capitalismo e da Revolução Industrial ocorrida à época. Nesse período, como vimos, com o fim das corporações de ofício e o surgimento das grandes fábricas, houve um grande aumento na escala de produção e, na mesma medida, os artesãos foram gradativamente substituídos por operários que faziam uso dos meios de produção pertencentes ao empregador²⁶⁷. Cumpre ainda asseverar que as relações de trabalho deste período foram essencialmente marcadas pela padronização das condutas e pelo controle e disciplina das ações realizadas pelos empregados. Nesse sentido, a gestão do trabalho feita pelo empregador objetivava principalmente um incremento na concentração dos meios de produção em suas mãos, assim como, a redução de eventuais agitações e dispersões por parte dos empregados, proteção dos equipamentos de trabalho e, por fim, domínio desses trabalhadores²⁶⁸.

A partir das transformações ocorridas não somente na base produtiva da sociedade, mas também no modelo de poder no Estado Liberal, vislumbrou-se

²⁶⁷ SANTOS, Elvécio Moura dos. *O poder disciplinar do empregador*. Revista da Faculdade de Direito da UFG. Vol. 17, nº 01. 1994. disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11822/7772>>. Acesso em jan. 2014. p. 80/81.

²⁶⁸ MÜLLER, Marilins de Castro. *A patologização do poder nas relações de trabalho*. In ROCHA POMBO, Sérgio Luiz da; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo Gunther (Coord.s). *Direito do Trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 396.

uma forma mais racional (com base em ideais democráticos defendidos nesta nova formação de Estado) de se olhar as relações entre o trabalhador e o empregador²⁶⁹. Laert Mantovani e Leda Silva destacam que a construção histórica do conceito de poder nas relações de trabalho foi feita de forma bastante turbulenta, sendo que boa parte dos detentores dos meios de produção não se sentem plenamente no controle das atividades desempenhadas pelos seus empregados se não se utilizarem de meios coercitivos, ou, em alguns casos mais extremos, abusivos²⁷⁰.

3.1.2 Fundamentação e conceituação

Tendo em vista, na relação de trabalho, ser o empregador proprietário dos meios de produção e o empregado subordinado àquele, pode-se afirmar que, neste contexto, haverá o exercício do poder diretivo e de comando do empregador visando alocar a força de trabalho dos seus empregados da forma que melhor atender aos seus interesses e, conforme pactuado no contrato de trabalho²⁷¹.

Sobre a questão conceitual do poder de direção, Maurício Godinho assevera ser um conjunto de prerrogativas garantidas pelo sistema jurídico que, na relação de trabalho entre o empregador e o empregado, têm como foco a figura do primeiro. Essas prerrogativas dizem respeito ao direcionamento da atividade empresarial, mas também à direção, fiscalização e disciplina na prestação do serviço²⁷². Leda Silva, em linhas breves, preleciona que o poder diretivo é basicamente uma prerrogativa que o empregador possui de direcionar, de forma pessoal, os serviços, realizados pelos seus empregados, sendo, em sua essência, uma consequência direta do princípio da assunção dos riscos do empreendimento²⁷³. No mesmo sentido entende Paulo Emílio de Vilhena, que frisa ser um poder-função intrinsecamente ligado a uma área de certas obrigações,

²⁶⁹ MÜLLER, Marilins de Castro, *op. cit.*, p. 398-399.

²⁷⁰ MANTOVANI JR., Laert., SILVA, Leda Maria Messias da. *O Direito a Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de E-Mails por Parte do Empregador*. Revista Ltr. Vol. 73, nº 07, Julho de 2009. São Paulo. p. 821.

²⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2006. p. 629.

²⁷² *Idem, ibidem*.

²⁷³ SILVA, Leda Maria Messias da. *Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador e limitações*. Revista Jurídica Cesumar - mestrado. vol. 5, nº 01, p. 115-130, 2005. p. 117.

que visam o cumprimento das finalidades da empresa, de natureza técnico-econômica²⁷⁴. Por seu turno, Sérgio Pinto Martins explicita que o poder de direção se consubstancia no dever que o empregado possui em se sujeitar às ordens de trabalho²⁷⁵.

Partindo de uma leitura do art. 2º da CLT²⁷⁶, é possível inferir que há fundamento legal para o exercício do poder diretivo do empregador sobre o empregado quando, ao assumir os riscos da atividade econômica, permite àquele dirigir a prestação pessoal de serviço deste. Não subsistem maiores dúvidas quanto à faculdade que o empregador possui de direcionar as atividades dos seus empregados de acordo com os seus interesses, destarte, torna-se relevante frisar que existem duas correntes majoritárias em nossa doutrina pátria que, quanto a natureza jurídica desse poder, o descrevem como potestativo ou, como direito-função²⁷⁷. Octavio Bueno Magano, diante dessas duas vertentes, explica que o poder diretivo está evoluindo da concepção de "direito potestativo"²⁷⁸ para a de "direito-função"²⁷⁹, descrevendo que o interesse não é somente do empregador, mas principalmente do Estado e de toda coletividade²⁸⁰.

A professora Leda Messias da Silva, ao abordar as teorias da propriedade privada, a do interesse, a institucionalista e a contratualista, as quais podem ser utilizadas para sustentar o poder diretivo do empregador, explicou o seguinte: A primeira teoria, da propriedade privada, que atualmente se encontra obsoleta, justifica o poder diretivo do empregador com base na mera propriedade dos meios de produção nas mãos deste. A teoria do interesse prescreve que o poder do

²⁷⁴ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 211.

²⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito do trabalho*. 3a. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 57.

²⁷⁶ "art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 14ª ed. Ed. Rideel, 2012. p. 903.

²⁷⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996. p. 132.

²⁷⁸ Corresponde ao direito que o empregador possui de determinar o conteúdo da relação de trabalho, respeitado o contrato de trabalho e legislações correspondentes, independentemente da vontade do empregado. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 578.

²⁷⁹ Denominado também como "potestividade", seria o poder atribuído a um determinado indivíduo de direito para a tutela de um interesse alheio, quase sempre superior, ao invés de atender a um interesse próprio. MAGANO, Octavio Bueno. *Do Poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 28.

²⁸⁰ *idem, ibidem*.

empregador é uma consequência lógica do seu interesse em gerir toda a atividade empresarial com a finalidade precípua de atingir os os objetivos da empresa. A teoria institucionalista enxerga a empresa como uma instituição e, em assim sendo, permite ao empregador agir como se estivesse governando. Por fim, a contratualista, a qual assevera que a base do poder diretivo do empregador é no contrato de trabalho firmado entre ele e o empregado. Pacto este, aliás, no qual o empregado aceita se sujeitar ao direcionamento do empregador durante o exercício de suas atividades laborativas²⁸¹.

Com o fito de ajustar o seu empreendimento empresarial da forma que entender mais adequada, o empregador manifesta o seu poder diretivo essencialmente sob o prisma de três outros poderes: o de organização, o disciplinar e o de fiscalização²⁸². O poder de organização, fundado no direito de propriedade e no princípio da livre iniciativa, se apresenta como uma prerrogativa pertencente ao empregador no qual o permite definir não somente a forma como será organizado o trabalho, mas todo o funcionamento do empreendimento. Não obstante o reconhecimento desse poder pela doutrina nacional, vale ressaltar que há constantes limitações ao seu pleno exercício pelo empregador em razão do crescente número de representantes de entidades de classe nas empresas²⁸³. O poder disciplinar, também conhecido como "poder punitivo", se constitui como uma faculdade que o empregador possui de aplicar sanções aos empregados quando do descumprimento dos termos pactuados no contrato de trabalho²⁸⁴. Quanto à extensão da penalidade, esta pode ocorrer na forma de advertência, suspensão e até mesmo justa causa, todavia, tais sanções se encontram sujeitas ao controle jurisdicional²⁸⁵. Ao abordar a questão, Sérgio Pinto Martins alerta que, por se encontrar sujeito às ordens do seu empregador, o empregado deve disciplina e respeito àquele, salvo em situações de ilegalidade ou imoralidade²⁸⁶. O poder de fiscalização (ou de controle) é utilizado pelo empregador para

²⁸¹ SILVA, Leda Maria Messias da. *Poder Diretivo do Empregador, Emprego Decente e Direito da Personalidade*. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado vol. 06, nº 01, p. 266 a 281, 2006, p. 271.

²⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 29a. ed. rev. São Paulo: Ltr, 2003, p. 213.

²⁸³ *idem, ibidem*.

²⁸⁴ DELGADO, *op. cit.*, p. 634/635.

²⁸⁵ MEDEIROS, Benizete Ramos de. MILAGRES Juliana. *Colisão entre poderes de empregador e as modernas tecnologias como meio produtivo*. Revista Ltr, Vol. 76, nº 05, Maio de 2012. p.598.

²⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito do trabalho*. 3a. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 59.

fiscalizar a qualidade e a forma dos serviços prestados pelo empregado no contexto do ambiente de trabalho²⁸⁷. O professor Maurício Godinho, com propriedade, evidencia a importância que o empregador deve dar aos preceitos constitucionais quanto as possíveis ações fiscalizatórias que atentem contra a liberdade e a dignidade da pessoa humana²⁸⁸.

Não se pode negar a importância e legitimidade do direito do empregador de direcionar a sua atividade empresarial e a dos seus empregados. Contudo, não somente a legislação trabalhista, mas principalmente a Carta Magna buscam limitar tal poder de forma a evitar um tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF/88) aos empregados ou, que violem a sua intimidade (art. 5º, X, CF/88)²⁸⁹.

3.1.3 Limites

No Estado Democrático de Direito em que vivemos não há que se falar em princípio ou, sequer em direito absoluto ou incontestável, cabendo ao aplicador da lei, caso a caso, ponderar os direitos ou princípio em jogo. A situação não é diferente quando da aplicação do poder diretivo do empregador em relação ao empregado. Maurício Godinho ressalta que não somente as regras, mas também os princípios fixam uma incontestável barreira ao exercício abusivo ao poder diretivo do empregador, tornando ilegais medidas que cerceiem ou retirem a dignidade e a liberdade do empregado²⁹⁰.

Os professores Orlando Gomes e Élon Gottschalk afirmam que a limitação ao poder diretivo do empregador pode ser vista sob dois prismas: (a) o da lei, combinada com as fontes de produção profissional e pelo contrato de trabalho ou, (b) em razão da finalidade do direito de direção.²⁹¹ No tocante ao primeiro ponto mencionado, o poder diretivo deve observar às leis e às normas coletivas, não tendo o empregado a obrigação de obdedecer uma ordem ilegal ou contrária aos bons costumes. Quanto ao segundo ponto, entende-se o poder diretivo como uma prerrogativa que busca permitir ao empregador organizar, da

²⁸⁷ MEDEIROS, Benizete Ramos de. MILAGRES Juliana. *Colisão entre poderes de empregador e as modernas tecnologias como meio produtivo*. Revista Ltr, Vol. 76, nº 05, Maio de 2012. p.598.

²⁸⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 635.

²⁸⁹ MARTINS, *op. cit.*, p. 59.

²⁹⁰ DELGADO, *op. cit.* p. 635-636.

²⁹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élon. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 71.

forma que melhor lhe atender, o seu empreendimento e as atividades dos empregados, não se constituindo em um mero capricho²⁹².

Ampliando o espectro de limitações as quais o empregador se encontra sujeito quando do uso do seu poder diretivo, Octavio Magano destaca que podem ser: (a) extensivos e intensivos; (b) externos e internos; (c) autolimitações e heterolimitações; (d) provenientes dos princípios; (e) na finalidade do poder de dirigir; (f) na proibição de discriminar o empregado, (g) limitação em razão da matéria e, por fim, (h) com base na competência funcional²⁹³.

As limitações extensivas e intensivas concernem ao dever do empregador de adequar a função e natureza do cargo a qualificação profissional do empregado. Os limites externos e internos são, respectivamente, a restrição do poder de direção do empregador em relação aos interesses da empresa e, quanto àqueles, são limitações estabelecidas pelas normas legais, coletivas (acordos e convenções) e pelo contrato de trabalho. A autolimitação e a heterolimitação dizem respeito, respectivamente, a restrição do poder de direção em razão de regulamento interno e, no segundo caso, limitação do poder diretivo em função dos limites externos retromencionados. As limitações também podem vir dos princípios da especialização, da subordinação e com base nos direitos individuais. A limitação que tem por sustentação a finalidade do poder de dirigir visa orientar as ações do empregador com fundamento em valores que buscam trazer uma boa organização do trabalho. Magano cita também as limitações de discriminar o empregado; em relação à competência no que tange a matéria (limitando o exercício do poder diretivo somente no que concerne o trabalho) e de ordem funcional (quando tal poder pode ser exercido pelo próprio empregador ou por preposto)²⁹⁴.

Nesta senda, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, com muita sobriedade, esclarece que a dignidade humana é um fundamento da República que influencia diretamente todo o exercício da atividade econômica, "sujeitando os agentes econômicos, sobretudo as empresas, a se pautarem dentro

²⁹² *idem, ibidem.*

²⁹³ MAGANO, *op.*, cit. p. 28.

²⁹⁴ *idem, ibidem.*

dos limites impostos pelos direitos humanos"²⁹⁵. No contexto do uso do e-mail no ambiente laboral, tanto a dignidade humana como a intimidade do trabalhador devem não somente ser preservadas, mas também, cautelosamente harmonizadas com o poder diretivo do empregador no exercício de sua atividade empresarial com vistas a manutenção do equilíbrio da relação de trabalho.

3.2

Os correios eletrônicos como um resultado dos avanços tecnológicos

Os avançados sistemas informáticos utilizados na sociedade capitalista em que vivemos hoje é o resultado de uma evolução relativamente rápida e constante que teve como marco inicial o processamento mecânico de dados ocorrido no ano de 1890, com Herman Hollerith, fundador da conhecida empresa IBM, que lia dados perfurados em cartão. Função essa que reduziu drasticamente o tempo de leitura dos dados do censo demográficos dos Estados Unidos²⁹⁶.

O ENIAC²⁹⁷, criado em 1946, não é somente o primeiro computador eletrônico já criado no mundo, mas também foi o primeiro equipamento eletrônico capaz de realizar, sem erros, mais de 3000 cálculos por segundo²⁹⁸. Com o início do processamento eletrônico de dados, houve, ao longo dos anos, um exponencial avanço da capacidade de processamento dos computadores. Somado a isso, vale destacar a evolução dos sistemas de comunicação que, em um dado momento, contribuíram sobremaneira para o surgimento da Rede Mundial de Computadores²⁹⁹. Após anos de investimentos em pesquisa na área de redes entre sistemas informáticos, os Estados Unidos, através do seu Departamento de Defesa, finalmente desenvolveu o *Arpanet*. Esse sistema permitia a interconexão entre computadores em diferentes localidades, sem a necessidade de uma outra

²⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁹⁶ DONEDA, Danilo César Maganhoto. Considerações iniciais sobre o banco de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁹⁷ Sigla do inglês *Electronic Numerical Analyzer and Computer*

²⁹⁸ DONEDA *op.*, cit. 114-115.

²⁹⁹ DONEDA *op.*, cit. 115.

máquina intermediando a troca de dados entre ambas as extremidades³⁰⁰. Assim nascia o que é hodiernamente conhecido como *Internet*³⁰¹.

A internet é vista como um sistema de domínio público e de natureza impessoal e abstrata, que possibilita a intercomunicação não somente entre computadores remotos, mas também entre os mais variados equipamentos e dispositivos portáteis, independentemente da posição geográfica em que eles se encontrem³⁰². Em razão da possibilidade de comunicação instantânea, da imensa quantidade de dados disponíveis, descentralização do seu controle e, por fim, do seu alcance global, não demorou muito tempo para que as empresas enxergassem o seu uso como uma importantíssima ferramenta de trabalho³⁰³. Aliás, hoje em dia, independentemente do meio empresarial que o empregador atue, o acesso à Rede Mundial de Computadores se tornou um aspecto quase que básico do negócio haja vista a própria globalização da economia.

Na vastidão de aplicações disponíveis na Rede, o correio eletrônico (ou e-mail), pode ser considerado como é uma das ferramentas mais utilizadas na internet, contudo, no início, mais precisamente na década de 1971, foi desenvolvido com o intuito de se ter um mecanismo de coordenação mais simples no período de utilização do ARPANET³⁰⁴. O uso do correio eletrônico é crescente em diversas partes do mundo, seja para uma simples troca de informações, lazer ou para imprimir maior agilidade no ambiente de trabalho. Quando enviada, a mensagem passa por uma série de pontos (outras máquinas) até chegar ao seu destino, podendo ainda ser lida de diversos locais com uma relativa garantia de privacidade quanto as suas informações³⁰⁵. Vânia Siciliano Aieta, ao abordar o conceito de correio eletrônico, destaca ser este um mecanismo eletrônico que

³⁰⁰ ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 40.

³⁰¹ "A *World Wide Web* (termo da língua inglesa que, em português, se traduz literalmente por "teia mundial"), também conhecida como *Web* e *WWW*, é um sistema de documentos em hipermídia (hipermédia) que são interligados e executados na Internet. Wikipedia <http://pt.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web>. Acesso em Jan. 2014.

³⁰² MARTINS DE SOUZA, Mauro César. *E-mail (...NET) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) e privacidade do empregado*. Justiça do Trabalho, nº 202, out. 2000, p. 08.

³⁰³ ROCHA, Marcelo Oliveira. *Direito do trabalho e internet: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na era informatizada*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p. 147.

³⁰⁴ ROCHA, 2004, p. 161.

³⁰⁵ LEWICKI, 2003, p. 112.

possui como função precípua de transmitir e receber conteúdo de qualquer lugar do globo³⁰⁶.

Em razão de sua praticidade, eficiência e baixo custo, as aplicações de e-mail são usadas largamente por empresas que, por sua vez, cedem aos seus empregados para que estes as usem de forma a aumentar a produtividade do trabalho, todavia, uma série de questões legais e princípiosológicas emergem em vista do exercício do poder diretivo por parte do empregador em contraposição ao direito à intimidade do empregado.

3.3

Exercício do poder diretivo e a possibilidade de monitoramento dos e-mails dos empregados frente a garantia constitucional da intimidade da pessoa do empregado

3.3.1

Diferenciação quanto ao uso do e-mail pessoal e corporativo

No que tange ao uso do e-mail particular ou pessoal por parte dos empregados no contexto do ambiente laboral, não se vislumbram maiores questionamentos quanto à sua impossibilidade de fiscalização pelo empregador em razão da sua inviolabilidade garantida pelo art. 5º, inciso XII, da CF/88³⁰⁷. A Professora Amélia Ferreira, sobre a questão, alerta que a conta de e-mail criada fora do ambiente de trabalho se encontra devidamente tutelada pelo direito à privacidade, haja vista as informações que lá trafegam serem revestidas de um caráter confidencial e pessoal³⁰⁸. Ademais, Ferreira ainda ressalta que o e-mail particular jamais poderá ser objeto de fiscalização pelo empregador por dois importantes motivos: o primeiro deles é referente ao fato de tal conta privada integrar a esfera íntima do empregado e, em segundo lugar, em função das garantias constitucionais da intimidade e do sigilo à correspondência³⁰⁹. Por fim, e com grande precisão, arremata a autora que nem mesmo o provedor do serviço de acesso à internet ou mesmo a empresa contratada para prestar o serviço de

³⁰⁶ AIETA, Vânia Siciliano. *A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. p. 67-68

³⁰⁷ CARDOSO, Sandra Geara, ZANCANELLA, Perterson. Na Execução do Contrato de Trabalho: Procedimento de Controle in: *Controle do Empregado pelo Empregador*. 2011. p. 223.

³⁰⁸ FERREIRA, Amélia Mena Barreto de Castro. *Correio Eletrônico Corporativo*. publicado na Revista do Direito do Trabalho – Ed. Revista dos Tribunais – v.29, n. 110, Abr./Jun. 2003. p. 06.

³⁰⁹ *idem, ibidem*.

acesso ao e-mail está autorizada, salvo ordem judicial, a revelar quaisquer informações sobre o seu usuário³¹⁰.

O *e-mail* corporativo, por outro lado, é compreendido como um correio eletrônico disponibilizado pelo empregador com a finalidade precípua de ser utilizado como uma ferramenta de trabalho durante a prestação do serviço, não integrando, em nenhum momento, o patrimônio privado do empregado³¹¹. O uso do e-mail empresarial, seja para enviar informações para os colegas de trabalho ou, para indivíduos externos àquele ambiente laboral, inegavelmente trafega dentro da rede interna da empresa e, nesse sentido, sendo o empregador proprietário dos meios de produção e o responsável pelo tipo de informação que passa através dos seus equipamentos, pode este restringir o seu uso com o intuito de melhor atender as suas atividades empresariais³¹². Diante dessas circunstâncias, o professor João Oreste Dalazen enfatiza que o e-mail corporativo se assemelha a uma correspondência com o timbre da empresa e, em assim sendo, não teria o empregado, salvo disposição diversa em contrato de trabalho, qualquer expectativa de intimidade a ser preservada³¹³.

3.3.2

O direito de propriedade do empregador sobre os meios de produção e a possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo cedido ao empregado

A fiscalização e o monitoramento do e-mail corporativo pelo empregador encontram o seu principal fundamento no direito de propriedade previsto no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, haja vista não somente ser ele o proprietário dos equipamentos utilizados para o uso deste tipo de ferramenta mas também, em função dos riscos assumidos no contexto da atividade empresarial³¹⁴. Não obstante haver amparo constitucional ao direito subjetivo do empregador em

³¹⁰ *idem, ibidem.*

³¹¹ MALTINTI, Luciana de Camargo; MALTINTI, Juliana de Camargo. *Monitoramento do Correio Eletrônico nas Relações de Trabalho*; XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3387.pdf>> Acesso em Jan. de 2014.

³¹² FERREIRA, op. cit. p. 06.

³¹³ DALAZEN, João Oreste. E-mail: *O empregador pode monitorar?* São Paulo, 17 de jun. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1706200510.htm>>. Acesso em Jan. 2014.

³¹⁴ MEDEIROS, Benizete Ramos de. MILAGRES Juliana. *Colisão entre poderes de empregador e as modernas tecnologias como meio produtivo*. Revista Ltr, Vol. 76, nº 05, Maio de 2012. p.603.

utilizar os seus meios de produção da forma que melhor atender as finalidades mercantis, tal direito não pode se distanciar da sua função social constitucionalmente prevista³¹⁵. Frisa-se ainda que a função social da propriedade é vista como um princípio geral da ordem econômica (art. 170, inciso II da Carta Constitucional), vinculando "a propriedade ao valor social do trabalho e da livre iniciativa, em consonância com a dignidade da pessoa humana e com a Justiça social, não podendo, dessa forma, ser considerada como direito puramente individual³¹⁶". Entendendo a função social da propriedade como um poder-dever do empregador de dar uma finalidade ao seu empreendimento que corresponda aos interesses da sociedade, deve o empregador atuar de forma a manter a dignidade dos empregados e a credibilidade do empreendimento³¹⁷. Destarte, devem o empregador e seus empregados, com vistas aos interesses coletivos, contribuir para uma harmonia no âmbito laboral, assim como, para o desenvolvimento econômico do empreendimento empresarial, haja vista o impulso econômico que a atividade empresarial pode causar em uma determinada localidade³¹⁸.

O exercício do poder diretivo do empregador no que tange ao uso do e-mail corporativo é baseado em importantes aspectos técnico-operacionais tais como: a) redução do lixo eletrônico (spam) - entendido como mensagem de cunho comercial não solicitada pelo destinatário - em razão do alto consumo de banda de conexão para o processamento e guarda desses e-mails; b) diminuição da sobrecarga do sistema informático com o envio e recebimento de mensagens com arquivos grandes e dissociados do contexto laboral; c) evitar o tráfego de arquivos que violem direitos autorais de terceiros (pirataria), haja vista principalmente se tratar de uma violação legal de ordem criminal³¹⁹; d) redução dos riscos de disseminação de algum vírus de computador no ambiente de rede da empresa - situação essa que pode chegar ao ponto de inviabilizar por completo a atividade

³¹⁵ CARNEIRO, Joana Zago. Monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais. Revista de Direito do Trabalho 2007. RDT 127. p. 93.

³¹⁶ *idem*, *ibidem*.

³¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

³¹⁸ CARNEIRO, op cit. p. 94.

³¹⁹ "art. 184. Violar direito de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa".

empresarial e, por fim, e) elevar a produtividade do empregado em função do uso desse tipo de e-mail somente para fins relacionados a sua atividade laboral³²⁰.

A respeito do tema, Alexandre Belmonte explica que:

"(...) como o empregador é responsável pelos atos dos seus empregados perante a terceiros, pode e deve desenvolver meios de segurança do sistema e de controle formal contra a disseminação de vírus e também evitar fraudes, concorrência desleal, violação de segredos, abusos sexuais, discriminação e danos morais e materiais a terceiros"³²¹.

O empregado, quando do uso do e-mail corporativo, representa a empresa e, desta forma, o empregador se torna responsável pelos atos de seus empregados que violem direitos de terceiros. Nesse sentido, a fiscalização do e-mail corporativo pelo empregador se justificaria em função de tais atos se traduzirem em um exercício da função social da propriedade com vistas à manutenção da ordem pública e ao incremento do desenvolvimento econômico e social³²². Em outro sentido, é possível entender que tal monitoramento não poderia ocorrer no e-mail corporativo do empregado, pois, tal ação violaria direitos de terceiros que desconhecem as regras empresariais quanto a política de privacidade desse tipo de e-mail. Neste caso, o remetente teria a sua intimidade violada mesmo não integrando o quadro de empregados da empresa³²³.

Eugênio Heinzenreder acrescenta ainda que o fato de empregador ser responsável pelos atos dos seus empregados não o legitima a invasão da intimidade destes, haja vista existirem outros mecanismos tecnológicos menos invasivos tais como: a instalação de filtros eletrônicos para impedir a entrada de determinados e-mails, programas de computador que impeçam o envio de mensagens para e-mails não cadastrados, a proibição, via regulamento da empresa, do envio de certos tipos de arquivos, dentre outros³²⁴. Aldacy Coutinho, ao abordar a questão, condena a invasão do empregador à esfera de intimidade dos empregados ressaltando a superioridade das garantias constitucionais que estes possuem face ao clássico argumento patronal de que tal prática se faz necessária

³²⁰ MARTINS DE SOUZA, Mauro César. *E-mail (...NET) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) e privacidade do emprego*, nº 202, 2000. p. 11.

³²¹ BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2004, p. 85.

³²² CARNEIRO, Op. cit. p. 95.

³²³ HEINZENREDER Júnior, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo : Atlas, 2009, p. 122.

³²⁴ HEINZENREDER JUNIOR, Op. cit. p. 123.

em função da preservação do nome da empresa, com vistas ao aumento da produtividade ou ainda, visando exercer o seu direito de propriedade³²⁵.

Sobre o tema, Victor Drummond entende que o empregado, no ambiente laboral, pode acessar a sua correspondência eletrônica de caráter pessoal sem qualquer obrigatoriedade de disponibilizar o seu conteúdo ao empregador, ao contrário do e-mail corporativo, o qual possui finalidade comercial e pode ser monitorado pela empresa. Todavia, o autor ressalta que, não obstante o correio eletrônico corporativo integrar o patrimônio imaterial do empreendimento comercial, deve o empregador comunicar³²⁶ formalmente o empregado da ocorrência do monitoramento sob pena de aplicação da presunção de privacidade absoluta³²⁷.

Após explanação de alguns posicionamentos a favor e contra o exercício do poder diretivo do empregador no tocante ao monitoramento do e-mail corporativo cedido ao empregado, será de considerável importância analisar a os impactos do direito fundamental à intimidade do empregado em relação ao direito de propriedade do empregador quando da direção do empreendimento privado.

3.3.3

O uso do e-mail corporativo pelo empregado: colisão entre o direito à intimidade do empregado em face direito à propriedade do empregador na condução da atividade empresarial

A questão do monitoramento dos e-mails corporativos pelo empregador ainda suscita diversas discussões no meio acadêmico em função principalmente da clara colisão entre o direito constitucional à inviolabilidade da intimidade inserido no art. 5º, X, CF/88³²⁸, e o direito à propriedade, contido no art. 5º, *caput*, XXII da CF/88³²⁹, no exercício do poder diretivo pelo empregador³³⁰.

³²⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. Autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SCARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 175.

³²⁶ Neste ponto o autor enfatiza a aplicação do princípio da lealdade nas relações de trabalho, destacando a importância da comunicação clara e inequívoca do empregado quanto ao monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. MANTOVANI JR., Laert., SILVA, Leda Maria Messias da. O Direito a Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de E-Mails por Parte do Empregador. *Revista Ltr*. Vol. 73, nº 07, Julho de 2009. São Paulo. p. 824.

³²⁷ DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

³²⁸ "art. 5º, 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;

In casu, é pertinente trazer à baila o ensinamento de Edilson Pereira de Farias que esclarece que a supramencionada colisão entre direitos fundamentais ocorre "quando o exercício de um direito fundamental conflita com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente"³³¹.

Diante de uma conjuntura onde existem valores diversos que são tutelados por princípios aparentemente antagônicos, deve-se utilizar a própria Constituição Federal, em vista de sua dialeticidade, para harmonizar a tensão entre bens juridicamente protegidos³³². É crucial destacar que em tais circunstâncias é necessário se utilizar do método de ponderação de valores³³³ a fim de se verificar qual o bem constitucional deverá prevalecer no caso concreto³³⁴.

Conforme explicado alhures, a solução do problema em exame não passa pela análise de normas, mas sim da ponderação dos princípios constitucionais que se encontram em rota de colisão. Dessarte, torna-se imprescindível perfazer três etapas: a) identificar todas as normas envolvidas no conflito; b) apontar fatos relevantes diretamente relacionados ao caso concreto e, por fim, c) decidir pela opção dentre as disponíveis que melhor solucione o conflito³³⁵. Quando se aplica tal método para resolver o impasse, não se vislumbra, em nenhum momento,

(BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988).

³²⁹ "art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade;" *Idem, ibidem*.

³³⁰ Ao diferenciar princípios e regras, o professor Alberto do Amaral elucida que: "Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de "tudo ou nada", que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente." AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993. p. 27.

³³¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão*. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 116-117.

³³² AIETA, op. cit. p. 78.

³³³ "A ponderação reconduz-se, no fundo, à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. Hierarquia, porque se trata de estabelecer um peso ou valor maior ou menor entre princípios. Móvel porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso". J.J Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1241.

³³⁴ *idem, ibidem*.

³³⁵ *idem, ibidem*.

excluir um direito fundamental em detrimento de outro, mas busca-se realizar concessões recíprocas que alcancem um resultado mais adequado ao interesse social³³⁶. Frisa-se ainda que, ao se utilizar a ponderação de valores, torna-se imperioso aplicar o princípio da proporcionalidade³³⁷ com base nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³³⁸.

Independentemente da implementação, ou não, de uma política de boas práticas e uso dos sistemas informáticos e correio eletrônico da empresa, cabe ao operador do direito não somente aplicar a norma mais adequada ao caso concreto, mas também avaliar cuidadosamente quais são as circunstâncias e peculiaridades a que o trabalhador se encontra submetido dentro do seu contexto laboral. Reforçando essa tese, vale trazer os ensinamentos do ilustre doutrinador José Afonso da Silva que, para tanto, assevera com muita propriedade que a invasão à intimidade do trabalhador não pode ocorrer de forma irrestrita³³⁹, devendo haver uma necessidade justificável por parte do empregador em razão da função desempenhada pelo empregado ou, quando houver indícios que demonstrem de forma veemente atos ilícitos perpetrados por este³⁴⁰. Laert Montovani e Leda Maria da Silva, no mesmo sentido, reforçam que a simples anuência do empregado em permitir ao empregador adentrar na sua esfera de intimidade não é suficiente em função de estarmos lidando com um direito fundamental

³³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* 7ª. Ed.. 2012, p. 342.

³³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

³³⁸ "O princípio da proporcionalidade reveste-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significado que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar determinado fim; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens. *idem, ibidem*.

³³⁹ Em sentido oposto, não me parece razoável simplesmente inviabilizar por completo o acesso do empregador ao e-mail corporativo do empregado conforme preleciona Antônio Silveira Neto que afirma que, mesmo que o empregado utilize os terminais da empresa para o envio de mensagens eletrônicas, a atitude do empregador em monitorá-las não se justificaria pelo fato de esta ainda possuir caráter privativo. Em outras palavras, o direito de propriedade do empregador em face dos meios de produção não poderia se sobrepor à garantia da privacidade e intimidade das comunicações. SILVA, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *A privacidade do trabalhador no meio informático*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4292>>. Acesso em jan. 2014.

³⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 220.

indisponível, como ocorre no caso da revista íntima de um trabalhador ou, quando do uso de câmeras no interior dos banheiros da empresa³⁴¹.

Ademais, consoante o que já foi explicitado alhures, existem diversos outros métodos menos invasivos no campo da informática que permitem resguardar um certo grau de privacidade e intimidade no uso do e-mail corporativo pelo empregado e preservam o bom funcionamento dos sistemas informáticos da empresa e a proteção das informações trafegadas. Os direitos à inviolabilidade da intimidade e o direito à propriedade não são absolutos, devendo ser aplicado, conjuntamente com a técnica de ponderação, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para a solução do caso concreto³⁴².

3.4

O posicionamento dos Tribunais acerca do monitoramento do correio eletrônico dos empregados

Considerando toda a celeuma acadêmica criada em torno da legalidade, ou não, da fiscalização pelo empregador das mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelos seus empregados, não demoraria muito tempo para que os Tribunais Regionais do Trabalho e, posteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho se manifestassem a respeito do tema. Em assim sendo, em meados do ano 2000, a 6ª. Turma do Tribunal Regional da 2ª. Região, de forma inédita, entendeu pela prevalência do direito à intimidade em detrimento do poder diretivo do empregador, senão vejamos o julgamento do recurso:

“Justa causa. “E-mail” não se caracteriza como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inc. VIII). **Um único “e-mail”, enviado para fins particulares, em horário de café**, não tipifica justa causa. Recurso provido (São Paulo - Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região – 6º T., RS 20000347340/2000, Rel. Juiz Fernando Antonio Sampaio da Silva, publicado no D.J em 08.08.2000.)”³⁴³. (sem grifos no original)

³⁴¹ MANTOVANI JR., Laert., SILVA, Leda Maria Messias da. *O Direito a Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de E-Mails por Parte do Empregador*. Revista Ltr. Vol. 73, nº 07, Julho de 2009. São Paulo. p. 827.

³⁴² *idem, ibidem*.

³⁴³ Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7675000/recurso-ordinario-em-rito-sumarissimo-record-20000347340-sp-20000347340-trt-2>>. Acesso em Jan. 2014.

A decisão retrotranscrita, ao ponderar no caso concreto a aplicação do direito à intimidade do empregado frente ao direito à propriedade do empregador, deixa evidente a opção dos julgadores em promover a proteção do trabalhador mesmo quando do uso dos bens imateriais da empresa para uso privado durante o seu intervalo de trabalho. Insta ainda ressaltar que a aplicação da penalidade de justa causa, segundo entendimento da Corte sobre a questão, é desproporcional dadas as circunstâncias em que o fato se deu. Vale lembrar que a legislação trabalhista não estabelece critérios para aplicação das penalidades no âmbito do local de trabalho, cabendo ao empregador decidir da melhor forma³⁴⁴.

Não obstante o brilhantismo do julgado, é deveras importante deixar registrado que nenhum direito possui caráter absoluto, ao contrário do que aparentemente é destacado na ementa quando assevera que: "Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inc. X)"³⁴⁵. É necessário que, de acordo com as peculiaridades do caso, se realize o método de ponderação de valores com a finalidade de se buscar uma harmonização de direitos e princípios que se encontrem em jogo. Nesse sentido, a despeito de se reconhecer o grande peso e importância que proteção da intimidade do empregado possui no contexto apresentado, esta não pode simplesmente se tornar um obstáculo absoluto diante do poder diretivo do empregador na condução da atividade empresarial.

³⁴⁴ “não prevê a legislação ordinária qualquer procedimento especial para aferição de faltas e aplicação de penas no contexto intraempresarial (excetuada a situação do estável, conforme mencionado). Muito menos prevê mecanismos de co-participação (e co-responsabilização) no instante de aplicação de penalidades no âmbito empregatício. Pelo padrão normativo atual, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta obreira e atribui a pena ao trabalhador, sem necessidade de observância de um mínimo procedimento que assegure a defesa do apenado e sem necessidade de consulta a um órgão coletivo obreiro interno à empresa (que, na verdade, raramente existe no cotidiano empresarial do país).” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª edição, 2ª tiragem, Editora LTr, julho/2007, pág. 1.185).

³⁴⁵ "Ora, uma afirmação desse tipo é extremamente temerária pois dá carta branca ao empregado que escudado no princípio da intimidade assegurado na Constituição poderá utilizar-se do e-mail para quaisquer fins pois o empregador não terá o direito de filtra-lo para investigação e correta aplicação dos bens utilizados para a produção. Referida conclusão não soluciona de maneira eficaz o problema trazendo a nosso sentir maior insegurança nas relações trabalhistas. Lembramos ainda que o direito a intimidade, é igual aos demais direitos fundamentais não sendo absoluto e podendo ceder ante os interesses constitucionalmente relevantes, sempre que seja necessário para lograr um fim legítimo, proporcionando o respeito ao conteúdo essencial do direito. (PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Justa Causa. *E-mail*. Prova produzida por meio ilícito. Não ocorrência 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_39/artigos/Art_Mario.htm>. Acesso em Jan. 2014).

A 3ª Turma do Tribunal Regional da 10ª Região, em julgamento do Recurso Ordinário acerca do mesmo tema, entendeu ser o empregador solidariamente responsável pelo dano causado a terceiros quando do uso indevido dos seus meios de produção pelo empregado; destaca a necessidade de o empregador aplicar a punição adequada ao empregado de acordo com a gravidade do fato e, por fim, corroborou com a tese patronal de possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo com o fito de evitar o uso inadequado dos sistemas e prejuízos de ordem material, *in verbis*:

“Justa causa. E-mail. Prova produzida por meio ilícito. Não ocorrência. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo delito utilizando-se do e-mail da empresa, **esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele**. Sob este prisma podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda apreciação jurídica dos profissionais do Direito. **Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado**. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender as suas atividades laborativas, **o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema Internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta**”³⁴⁶. (TRT10 – 3ª T., RO 0504/2002. Rel. Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, D.J. 26.06.2002) (sem grifos no original)

É inquestionável a responsabilidade que o empregador possui em relação aos eventuais danos provocados pelos seus empregados no exercício da atividade laborativa, haja vista tais ações terem o condão de causar não somente prejuízos financeiros a empresa, mas também danos à sua imagem. Todavia, a juíza relatora sabiamente alerta sobre a necessidade de compatibilizar a punição a ser aplicada ao empregado em razão da gravidade da falta cometida, sendo necessária a "conjugação dos seguintes requisitos: gravidade, atualidade e relação causa-efeito (nexo etiológico)"³⁴⁷. Cumpre aqui ressaltar que, consoante o já explanado, é possível a utilização de métodos tecnológicos eficazes para o monitoramento do e-mail corporativo do empregado sem a necessidade de devassar a sua caixa de mensagens.

³⁴⁶ *idem, ibidem*.

³⁴⁷ Tribunal aplica justa causa a empregado que usou e-mail para enviar pornografia.

<<http://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/6224/tribunal-aplica-justa-causa-a-empregado-que-usou-e-mail-para-enviar-pornografia>>. Acesso em Jan. 2014.

À vista disso, é fundamental que o empregador delimite regras claras e objetivas quanto ao uso adequado do e-mail corporativo cedido ao empregado visando reduzir as chances de ocorrer prejuízos para ambos os lados. Além disso, considerando que o trabalhador passa a maior parte do seu dia a disposição do empregador, é necessário que haja bom senso por parte do deste no sentido de permitir àquele a ter acesso a sites úteis como os de bancos ou, contato com familiares para a solução de eventuais urgências que venham a ocorrer, sob pena de uma eventual redução da produtividade e satisfação do empregado em relação ao seu trabalho desempenhado³⁴⁸. A 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu que não há quebra do direito ao sigilo da correspondência e, muito menos violação ao direito à intimidade do trabalhador quando do uso do e-mail corporativo, conforme se verifica na ementa abaixo:

“PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.
2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.
3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail-corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

³⁴⁸ SILVA, Leda Maria Messias da. **Monitoramento de e-mail e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador**. Abragência e limitações. Revista Jurídica Cesumar - mestrado. v. 5, n.1, p. 115-130. p.127.

4. Se se cuida de e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento³⁴⁹. (Processo: RR - 613/2000-013-10-00.7 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005)

O Ministro Relator João Oreste Dalazen, em sua decisão, se manifesta favorável ao entendimento de que as comunicações virtuais compartilham dos mesmos direito à privacidade e ao sigilo pertencentes às correspondências convencionais. O ministro ainda destacou que o empregador pode, moderadamente, monitorar as mensagens enviadas e recebidas por seus empregados no uso do e-mail empresarial cedido a estes, sendo os abusos e ilegalidades cometidos pelos obreiros passíveis de punição de acordo com a gravidade das suas ações³⁵⁰. Neste caso, o rastreamento e o acesso do e-mail corporativo do empregado se justificariam em razão do potencial prejuízo que o empregador pode sofrer à imagem do empreendimento e aos seus meios de produção pelo mau uso³⁵¹.

Em 2008, seguindo a mesma linha de entendimento esposado no julgamento retrotranscrito, a 7a. Turma do TST negou provimento ao recurso de

³⁴⁹ BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. Relator Ministro: João Oreste Dalazen. 10 de junho de 2005. <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8874598/2678200403202002-sp/inteiro-teor-13975779>>. Acesso em Jan. 2014.

³⁵⁰ HEINZENREDER Júnior, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo : Atlas, 2009, p. 132.

³⁵¹ *idem, ibidem*.

agravo de instrumento impetrado pelo obreiro objetivando reverter a dispensa por justa causa decorrente do uso impróprio do correio eletrônico corporativo para assuntos particulares, *in verbis*:

"PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA ILÍCITA - ACESSO PELO EMPREGADOR À CAIXA DE "E-MAIL" CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO - ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST.

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 a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de "e-mail" fornecido pelo empregador aos seus empregados"³⁵².

Agravo de instrumento desprovido. Processo: AIRR - 154240-24.2005.5.02.0055 Data de Julgamento: 04/06/2008, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 06/06/2008. (sem grifos no original)

Por meio da recente decisão do TST publicada em março de 2013, é possível inferir que a Máxima Corte Trabalhista construiu um posicionamento acerca da colisão entre os direitos fundamentais à intimidade do empregado e à propriedade do empregador, conforme ementa abaixo transcrita:

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS. Revelado o caráter protelatório dos embargos declaratórios, correta a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC. 2. JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO. **O correio eletrônico corporativo é ferramenta de trabalho que deve ser utilizada de forma segura e adequada, respeitando-se os fins a que se destina. A divulgação de mensagens impróprias justifica o desfazimento do pacto laboral.** Agravo de instrumento conhecido e desprovido. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. Agravo de instrumento conhecido e desprovido"³⁵³. (AIRR - 476-79.2010.5.09.0594 Data de Julgamento: 20/03/2013, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013.) (sem grifos no original)

Dúvidas não pairam quanto ao fato de que caberá ao julgador examinar cada caso de forma pormenorizada, com vistas à harmonização dos direitos e princípios fundamentais que se encontrem em rota de colisão. Contudo, no tocante ao monitoramento do e-mail corporativo do empregado por parte do empregador (direito à intimidade do empregado versus direito de propriedade do empregador) os tribunais vêm decidindo de forma favorável a classe patronal.

³⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista. Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho. 06 de junho de 2008. <http://www.anatel.gov.br/hotsites/coletanea_normas/TextoIntegral/JUR%5Ctst%5Crr_1542_ai.pdf>. Acesso em Jan. 2014.

³⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. 26 de Março de 2013. <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/52406866/tst-25-03-2013-pg-1356>>. Acesso em Jan. 2014.

Neste ponto, é crucial aqui enfatizar que as diversas decisões judiciais supratranscritas que permitem aos empregadores, sob a tutela constitucional do direito à propriedade, simplesmente devassar o correio eletrônico corporativo dos empregados, não se apresentam como a forma mais adequada de monitoramento quando, além da criação de uma política transparente quanto ao uso dos sistemas informáticos da empresa, o empregador pode se valer de instrumentos tecnológicos³⁵⁴ menos invasivos de controle das mensagens que não restrinjam demasiadamente o seu poder diretivo, assim como, preservem o direito à intimidade do empregado quando do uso do e-mail corporativo a ele cedido³⁵⁵.

³⁵⁴ Nesse caso a instalação de tais filtros dizem respeito a mensagens com grande potencial de causar danos à empresa, como por exemplo, mensagens de cunho sexual, discriminatórias, etc.

³⁵⁵ VARGAS, Luiz Alberto de. *Direito de Privacidade do Correio Eletrônico no Local de Trabalho: o Debate nos Estados Unidos*. Revista Trabalhista. Rio de Janeiro : Editora forense e ANAMATRA, vol. I., jan./fev./mar. 2002.

4 Conclusão

Na maior parte da história do Homem, pode-se inferir que a ideia de “trabalho” sempre teve uma conotação de exercício de uma atividade material ou intelectual com vistas a se atingir um determinado resultado, entretanto, essa ideia é muito mais abrangente do que a conotação descrita, pois o trabalho considerado em si próprio atua como um vetor que altera a própria realidade do ser humano dentro do seio social no qual se insere.

As transformações que o conceito de “trabalho” sofreu ao longo das eras, demonstram com grande clareza o valor que ele assumiu em um dado tempo e espaço da história da humanidade. Se antigamente o trabalhador integrava o patrimônio do senhor ao qual servia, hoje, ao se reconhecer a hipossuficiência do empregado, busca-se tutelá-lo por meio de uma Constituição com um viés altamente social e uma legislação infraconstitucional efetivamente protetiva.

Ao tratar da diferenciação da relação de trabalho da de emprego, tendo em vista o propósito desta dissertação, deu-se uma ênfase aos atributos deste último os quais se constituem na personalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade do empregado em relação ao empregador no âmbito do pacto laborativo. Dentro dessa conjuntura, buscou-se evidenciar as diferenças existentes entre empregado e o empregador, sendo este último o indivíduo que assume os riscos da atividade econômica admitindo, assalariando e dirigindo a prestação pessoal de serviço (art. 2º, CLT) e, o primeiro, a pessoa física que, sob o pagamento de um salário, presta serviços de natureza não eventual ao empregador (art. 3º, CLT).

No Direito do Trabalho os princípios atuam de forma a orientar a interpretação das regras em determinado caso concreto, cabendo ressaltar que tais podem assumir um caráter de norma basilar quando ocorrer a necessidade de o operador do direito efetuar a correta aplicação dos dispositivos de lei que se encontrem em aparente conflito. *In casu*, esse trabalho acadêmico buscou dar destaque a 5 importantes princípios: o da proteção; o da primazia da realidade; o

da irrenunciabilidade; o da continuidade, o da boa-fé e, ao final, o da razoabilidade.

O princípio da proteção (que se subdivide em outros três princípios: (a) *in dubio pro operário* (b) o da norma mais favorável ao trabalhador e o (c) da aplicação da condição mais benéfica) é aqui abordado em vista da sua relevância e utilidade no sentido de corrigir distorções que por ventura ocorram em relação ao empregado em função da sua condição de hipossuficiência. Haja vista o fato de o empregador ter a posse dos meios de produção (o que inclui os *e-mails* corporativos), deve o julgador ter em mente que, levando-se em conta a garantia constitucional do direito à intimidade do empregado, deve ele valorar os bens jurídicos em jogo de forma a suprir essa diferença entre as partes.

O princípio da primazia da realidade e o da continuidade consistem, respectivamente, em uma valoração maior dos fatos em detrimento dos documentos formais quando houve conflito entre eles e, no caso do segundo, refere-se a necessidade das atividades da empresa serem, salvo exceções, por tempo indeterminado. Ambos os princípios exaltados focam em uma avaliação mais pragmática do direito do trabalho quando do exame do caso concreto.

Enquanto o princípio da irrenunciabilidade dispõe que os direitos trabalhistas garantidos ao obreiro não podem ser renunciados por estes, o princípio da boa-fé é visto como uma regra de conduta entre as partes nas quais ambas devem ter lealdade para com a outra dentro da pactuada relação trabalhista. Não há como negar a impossibilidade de o empregado renunciar ao seu direito de intimidade em favor do empregador na relação de trabalho. Contudo, conforme se observou nos julgados, não há que se falar em renúncia a tal direito quando tal ferramenta de trabalho não se encontra amparada pela regra Constitucional do art. 5º, X, da CF/88). Quanto ao princípio da boa-fé das relações trabalhistas, nota-se não somente na doutrina, mas também na jurisprudência pátria, uma crescente importância da comunicação formal das políticas de uso das ferramentas de trabalho ao empregado, com o intuito de evitar o mau uso destes, sobretudo, acerca do uso do e-mail corporativo.

Tais princípios possuem tamanha relevância social que se encerram por inserir em um princípio maior que é o da dignidade da pessoa humana o qual é um dos fundamentos nos quais a Constituição Federal firmou uma de suas bases. Nesse sentido, cabe ao magistrado zelar pela integridade de tal princípio quando do exame do caso concreto.

A análise do objeto de pesquisa proposto neste trabalho acadêmico demandou uma apreciação do conceito e características principais dos direitos fundamentais, os quais são entendidos como aqueles positivados na esfera constitucional que são essenciais a qualquer indivíduo. A universalidade, indivisibilidade, imprescritibilidade, inviolabilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, historicidade, irrenunciabilidade, vedação ao retrocesso e a efetividade constituem-se em elementos inerentes a qualquer direito fundamental trazido no bojo da Carta Magna.

A aplicação horizontal dos direitos fundamentais é um tópico de primeira ordem no âmbito deste trabalho de pesquisa, pois, considerando a possibilidade de incidência de tais direitos entre particulares, deve-se então haver uma harmonização e ponderação entre o direito fundamental do empregado à intimidade e do empregador à propriedade quando do uso do correio eletrônico corporativo.

Quando da abordagem dos direitos da personalidade, foram destacadas as principais características dos direitos à imagem; à honra; à privacidade e, ao final, à intimidade. Inobstante tais direitos integrem simultaneamente o rol dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, Enquanto o direito à imagem refere-se à forma plástica do indivíduo, bem como os componentes que o diferenciam dos demais, o direito à honra é visto como o sentimento de dignidade própria que a pessoa tem de si ou, em relação ao círculo social em que este convive.

O direito à privacidade, discutido no *paper* “*The right to privacy*” pelos juristas norte-americanos Warren e Brandeis, pode ser sintetizado como o direito que a pessoa possui de manter determinados assuntos particulares fora da esfera

pública ou, conforme descrito pelos próprios juristas estrangeiros, como o direito de estar “só”.

Dentre os direitos da personalidade abordados, o direito à intimidade merece destaque em razão do questionamento que se pretende responder ao final. Tal direito se transfigura na manutenção da informação dentro de um âmbito exclusivo da esfera de um indivíduo que não se comunica com a esfera social. É digno de nota frisar que, apesar da semelhança conceitual, o direito à intimidade e o direito à vida privada possuem definições distintas. A doutrina majoritária segue no sentido de que o direito à vida privada engloba o direito à intimidade, pois, entende-se à vida privada como elementos da vida privada de uma pessoa que se comunica de forma limitada com terceiros, entretanto, não alcançam a esfera do conhecimento público.

O direito à intimidade é um direito fundamental constitucionalmente tutelado pelo art. 5º, X, o qual prescreve serem “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”. Apesar da inexistência de proteção da intimidade do trabalhador junto à CLT, é possível inferir a sua proteção através da aplicação dos arts. 483 e 373-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A inserção de novas tecnologias no ambiente de trabalho é atualmente vista com muita naturalidade entre as empresas. Aliás, o atraso tecnológico do empreendimento privado pode resultar até mesmo na descontinuidade da atividade comercial, por isso, o incremento do uso de ferramentas que aumentem a agilidade das comunicações tais como o uso do e-mail corporativo se tornou um fator estratégico para a sobrevivência do negócio. Em assim sendo, foi trazido ao debate a questão acerca da necessidade (ou não) de se implementar um novo direito à intimidade que contemplasse exclusivamente os dados pessoais. Ambos os argumentos apresentados neste trabalho são plausíveis, todavia, haja vista as grandes e rápidas mudanças que os avanços tecnológicos tem proporcionado no seio da relação de empregatícia, torna-se prudente estabelecer um marco regulatório que vise diminuir a tensão causada pela inexistência de uma norma

específica sobre a intimidade dos dados do empregado em relação do uso do correio eletrônico corporativo a ele cedido por parte do empregador.

Ao tratar da relação entre o sigilo da correspondência e o direito à intimidade, o art. 5º, XII, da CF/88 é claro ao asseverar que, salvo em determinados casos, o conteúdo das comunicações de dados – no qual se enquadra o *e-mail* corporativo – é inviolável, não sendo cabível nem mesmo ao empregador ter acesso ao seu conteúdo quando este correio eletrônico tiver caráter privado. Contudo, o mesmo não se pode dizer acerca do *e-mail* corporativo. Neste último caso, a despeito da existência de uma doutrina contrária ao acesso indiscriminado do empregador, observam-se reiterados julgamentos do TST, no sentido de que o empregador, com base no poder diretivo e, estribado no direito fundamental à propriedade, pode lícitamente examinar as mensagens contidas nas caixas de *e-mail* corporativo dos empregados.

Com fundamento no art. 2º, da CLT e, art. 5º, XXII, da CF/88, o poder diretivo do empregador pode ser compreendido como uma prerrogativa que este possui na condução da atividade empresarial e da prestação do serviço do empregado, se subdividindo em outros 3 poderes a saber: (a) organização, (b) disciplinar e (c) fiscalizatório. Ademais, importa acrescentar que a base constitucional que norteia a atividade empresarial se revela através do direito fundamental à propriedade dos meios de produção, os quais se inserem os bens materiais, como os computadores e, imateriais tais como o acesso à internet e o uso de *e-mail* de cunho empresarial.

Sem embargo ao exercício do poder diretivo do empregador, é deveras relevante destacar que tal exercício não poderá se afastar da função social da propriedade, a qual se encontra constitucionalmente prevista no art. 5º, XXIII. Nesse diapasão, o empregador deve atuar de forma que o seu empreendimento atenda aos interesses da sociedade e, dessa forma, deve o empreendimento comercial reforçar os valores da dignidade humana dos seus empregados.

Apesar da legislação não nos fornecer elementos precisos para a solução da questão ora apresentada, entende-se ser possível solucionar o conflito por meio de algumas ações por parte do empregador, tais como: (a) implementação de uma

política de uso dos sistemas informáticos da empresa, com a fixação de horários específicos para acesso de conteúdo não vinculado a atividade laborativa, assim como, acesso ao e-mail particular – em homenagem ao princípio da boa-fé; (b) educar os empregados acerca das boas práticas quando do envio de mensagens oriundas do correio eletrônico corporativo; (c) instalar programas que filtrem mensagens de cunho preconceituoso, sexual, ofensivo, fotos pornográficas, dentre outros; (d) acesso à caixa de mensagens do empregado somente quando tiver fundadas dúvidas quanto ao seu uso inadequado.

Até que se tenha uma legislação que alcance os avanços tecnológicos implementados no ambiente de trabalho, acredita-se que a adoção de métodos menos invasivos por parte do empregador quanto ao uso correio eletrônico corporativo cedido ao empregado é uma solução de baixo custo e efetiva considerando o objetivo que se pretende atingir. Solução essa que também pode ser vislumbrada quando da judicialização desse complexo tipo de situação, pois, sem perder de vista o princípio protetivo garantido ao empregado, as punições aplicadas aos empregados faltosos devem ser feitas de forma comedida (por meio do método de ponderação de valores) a fim de não violar a garantia constitucional à intimidade do empregado e, ao mesmo tempo, não restringir excessivamente o poder diretivo do empregador a ponto de lhe retirar a autonomia do seu empreendimento empresarial.

5

Referências Bibliográficas

AIETA, Vania Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AIETA, Vânia Siciliano. **A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, abr./jun., 2006.

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação**. São Paulo: Atlas, 1999.

ALVES, Cristiane Paglione. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em nov 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: Introdução à Filosofia**. São Paulo: Moderna, 1988.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 3. ed., 2007.

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

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2009. <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosJA_1.pdf>.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos de Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. Harvard Law Review, vol. 4, 1890.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição Federal: Vade Mecum Saraiva. São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. 26 de Março de 2013. <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/52406866/tst-25-03-2013-pg-1356>>. Acesso em Jan. 2014.

BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista. Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho. 06 de junho de 2008. <http://www.anatel.gov.br/hotsites/coletanea_normas/TextoIntegral/JUR%5Ctst%5Crr_1542_ai.pdf>. Acesso em Jan. 2014.

BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. Relator Ministro: João Oreste Dalazen. 10 de junho de 2005. <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8874598/2678200403202002-sp/inteiro-teor-13975779>>. Acesso em Jan. 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional** 7a. Edição. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOSO, Sandra Geara, ZANCANELLA, Perterson. Na Execução do Contrato de Trabalho: Procedimento de Controle in: **Controle do Empregado pelo Empregador**. 2011.

CARNEIRO, Joana Zago. **Monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais**. Revista de Direito do Trabalho 2007. RDT.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. **Derecho a la intimidad e informatica**. Informatica y derecho.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Luíza Tângari **A proteção da intimidade na correspondência eletrônica: extensão da tutela da correspondência tradicional?** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, jul./dez. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só – Tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

COUTINHO, Aldacy Rachid. Autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SCARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

D'AZEVEDO, Regina Ferretto. **Direito à imagem**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2306>>. Acesso em: 21 out. 2013. Acesso em nov 2013.

DALAZEN, João Oreste. **E-mail: O empregador pode monitorar?** São Paulo, 17 de jun. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1706200510.htm>>. Acesso em Jan. 2014.

DE Cupis. I diritti della personalità. Apud Aieta, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Resolução XXX, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. <

http://joomla.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_assistencia/Arquivos/declaracao_americana.pdf>. Acesso em Nov. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Editora revista dos tribunais, 2007, São Paulo.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em nov 2013.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. Considerações iniciais sobre o banco de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo. Editora Saraiva. 1988.

FARIAS, Edíson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 2012.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35. Apud MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8ª ed. Rev. Ampl. E atual. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Amélia Mena Barreto de Castro. **Correio Eletrônico Corporativo. publicado na Revista do Direito do Trabalho** – Ed. Revista dos Tribunais – v.29, n. 110, Abr./Jun. 2003.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras**. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 105-129, abr./jun. de 2008. p. 107. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>>. p. 107. Acesso em nov 2013.

GUERRA, Sidney César Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HEILBRONER, H. **A formação da sociedade econômica**, p.108-109, apud FARIA, Ricardo de Moura.

HEINZENREDER Júnior, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo : Atlas, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VI. Arts. 137 a 154. Rio de Janeiro : Forense, 1958.

JELLINEK, G. Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi, trad. ital., Milão, 1912, p. 244. **Sobre a crítica da Teoria de Jellinek**, Cf. Alexy, robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 s; Cf., também, SARLET, Ingo, A eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego**. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, n. 329, p. 07-20, maio de 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho.** Revista Depoimentos. nº 09, 03.2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA, Luciano Soares. **A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais.** CONPEDI <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia.pdf>. p. 454. Acesso em nov 2013.

MALLET, Estevão. **Direito, trabalho e processo em transformação.** São Paulo: LTr, 2005. p. 18.

MALLET, Estêvão. **Direitos de personalidade e Direito do Trabalho.** Revista LTr, v. 68, n. 11, nov. 2004, p. 1309.

MALTINTI, Luciana de Camargo; MALTINTI, Juliana de Camargo, **Monitoramento do Correio Eletrônico nas Relações de Trabalho;** XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPENDI, 2010, Fortaleza. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3387.pdf>> Acesso em Jan. de 2014.

MANTOVANI JR., Laert., SILVA, Leda Maria Messias da. **O Direito a Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de E-Mails por Parte do Empregador.** Revista Ltr. Vol. 73, nº 07, Julho de 2009. São Paulo.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. **Direitos Fundamentais: Aspectos Gerais E Históricos.** Revista da Unifebe (Online) 2012; 11 (dez):166-179. ISSN 2177-742. <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo017.pdf>> p. 174. Acesso em nov 2013.

MARTINS DE SOUZA, Mauro César. **E-mail (...NET) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) e privacidade do emprego,** nº 202, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Editora Atlas 28 edição, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de direito do trabalho**. 3a. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MEDEIROS, Benizete Ramos de. MILAGRES Juliana. **Colisão entre poderes de empregador e as modernas tecnologias como meio produtivo**. Revista Ltr, Vol. 76, nº 05, Maio de 2012.

MELO, Bruno Herrlein Correia de Melo. **Fiscalização do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. São Paulo. Servanda.2007.

MERTENS, Fábio Alceu. **Análise histórica e legislativa do princípio constitucional da inviolabilidade à vida privada e à intimidade**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 01, n. 01, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. p. 186. Acesso em Nov. 2013.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=trabalho>>. Acesso em: 20 out. 2013.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Campinas: Bookseller, 1999.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem I**. Revista dos Tribunais. São Paulo:Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972.

MOREIRA. Renato de Castro. **O direito à liberdade informática**. Revista dos Tribunais. 2000, Rio de Janeiro: RT, v. 778, p. 17-41, ago. 2000.

MÜLLER, Marilins de Castro. A patologização do poder nas relações de trabalho. In ROCHA POMBO, Sérgio Luiz da; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo Gunther (Coord.s). **Direito do Trabalho: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29a. ed. rev. São Paulo: Ltr, 2003, p. 213.

NETTO. Domingos Franciulli. **A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 1, p. 1-74, Jan./Jul. 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2007.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em Nov. 2013.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PEREIRA, Maurício Gonçalves. **Direito à honra e a (In)justiça do valor das indenizações por danos morais**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 2981. <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3505.pdf>>. Acesso em nov 2013.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid, **Tecnos, 1984, p. 46-47. citado por** SCARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PFÄFFENSELLER, Michelli. **Teoria dos direitos fundamentais** Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, p.92-107, jun./jul, 2007.

PONTES DE MIRANDA, F. C., **Tratado de Direito Privado**, v. VII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Trabalho Humano na História e o nascimento do Direito do Trabalho**, Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 14, Belo Horizonte, 2008.

REIS, Rafael Rocha dos. GAMA, Filype Rodrigues. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Revista Jurídica, Ano XII, n. 18, 2012, Jan. – Jun., Anápolis/GO, UniEVANGÉLICA.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na era informatizada**. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**: Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**.

SANTOS, Elvécio Moura dos. **O poder disciplinar do empregador**. Revista da Faculdade de Direito da UFG. Vol. 17, nº 01. 1994. disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11822/7772>>. Acesso em jan. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e **sites**, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador e limitações. **Revista Jurídica Cesumar** - mestrado. vol. 5, nº 01, p. 115-130, 2005.

SILVA, Leda Maria Messias da. **Poder Diretivo do Empregador, Emprego Decente e Direito da Personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado vol. 06, nº 01, p. 266 a 281, 2006.

SILVA, Marcos António Duarte da. Direito à Imagem. **Trabalho da Unidade Curricular: Seminário de Direito Civil**. P. 04

<http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/marcoasilva_dtoimagem.pdf>.

Acesso em 05 Nov. 2013.

SILVA, Wilson Melo da Apud AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2005.

STUDART, Ana Paula Didier. **A natureza jurídica do Direito à Intimidade**. Revista do Curso de Direito da UNIFACS, nº 140. 2012. <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1911>>. p. 08. Acesso em nov 2013.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet, HAEBERLIN, Martin. **A proteção da Privacidade**.

TEIXEIRA, Maria Cristina. Zambone, Alessandra Maria Sabatine. **Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira**. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, n. 7, 2001, p. III-IV apud LEWICKI, Bruno.

TOBEÑAS, José Castan. **Los Derechos de la Personalidad**. Madri : Reus. 1952.

VARGAS, Luiz Alberto de. **Direito de Privacidade do Correio Eletrônico no Local de Trabalho: o Debate nos Estados Unidos**. Revista Trabalhista. Rio de Janeiro : Editora forense e ANAMATRA, vol. I., jan./fev./mar. 2002.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência**. São Paulo: Ltr, 1996.

VIDAL, Gabriel Rigoldi, UNESP - Universidade Estadual Paulista- Campus de Franca - SP, Brasil. n. 1 (2010) - Artigos **PRIVACIDADE E INTERNET**. Revista Eletrônica de Direito/UNESP, Franca, SP, Brasil - eISSN 2179-4359

<<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/278/365>>.

P. 02. Acesso em nov 2013.

VIEIRA DE ANDRADE apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. São Paulo: Ltr, 1999.

ZAVALA DE GONZÁLES, M. Derecho a la Intimidad, p. 175 apud MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. El deber del profesional frente a la intimidad de su cliente. Revista da Facultad de Derecho de Mexico. Tomo XLIII, enero-abril de 1993.