

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O PODER DE CONTROLE EMPRESARIAL: suas
potencialidades e limitações na ordem jurídica -
o caso das correspondências eletrônicas**

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo

Belo Horizonte
2009

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo

**O PODER DE CONTROLE EMPRESARIAL: suas
potencialidades e limitações na ordem jurídica - o
caso das correspondências eletrônicas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Godinho Delgado

Belo Horizonte
2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R887p Roxo, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa
O poder de controle empresarial: suas potencialidades e limitações na ordem jurídica: o caso das correspondências eletrônicas / Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo. Belo Horizonte, 2009.
187f.

Orientador: Maurício Godinho Delgado
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2. Direitos fundamentais. 3. Intimidade. 4. Direito à privacidade. 5. Poder (Ciências sociais). 6. Mensagens eletrônicas - Controle. I. Delgado, Maurício Godinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 331.1

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo

**O PODER DE CONTROLE EMPRESARIAL: suas potencialidades e limitações
na ordem jurídica - o caso das correspondências eletrônicas**

Dissertação defendida e aprovada com média final igual a 100 (cem) pontos, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito do Trabalho, junto à Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Prof. Doutor Maurício Godinho Delgado (Orientador) – PUC MINAS

Prof. Doutor José Roberto Freire Pimenta – PUC MINAS

Prof. Doutor Manuel Galdino da Paixão Júnior – UFMG

Belo Horizonte, 2009.

Ao meu pai, José Luis

Por ser exemplo de pai, amigo e excelente profissional, que sempre me inspirou e me ensina lições valiosas todos os dias. Pelo imenso carinho e amor.

À minha mãe Etelvina Maria

Por ser a minha incentivadora, sempre acreditando nos meus sonhos e me ajudando a concretizá-los, com muito amor.

Ao Fabrício

Pela compreensão e pelo companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Maurício Godinho Delgado, pelas aulas ministradas na graduação que a mim despertaram o interesse pela área trabalhista e pela atividade acadêmica, que culminaram em meu ingresso no Mestrado. Por ter me aceitado como orientanda, e incentivado-me em todos os momentos. Pela dedicada orientação.

Aos funcionários do Mestrado, pela paciência e dedicação, sempre prontos a atender os meus anseios.

Aos professores da PUC Minas, especialmente ao Professor José Roberto Freire Pimenta, pelas aulas fascinantes e enriquecedoras; ao Professor Luiz Otávio Linhares Renault, pelas lições que nos encorajam a acreditar em um Direito do Trabalho mais humano; ao Professor Márcio Tulio Viana, pela visão social e entusiasta do direito trabalhista, que enriquece as aulas.

Aos colegas do Mestrado, por compartilharem a passagem pela Academia e, em especial, à Mirella Muniz, amiga que ganhei ao ingressar no Mestrado, que continua me acompanhando em todos os momentos e, apoiando-me, incondicionalmente, nesta caminhada.

Às amigas da PUC MINAS pelo incentivo, carinho e, principalmente, pela paciência.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo principal analisar a fiscalização das correspondências eletrônicas, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos à intimidade e à privacidade, bem como, das prerrogativas empresariais. A princípio, será analisada a dignidade da pessoa humana; a sua evolução histórica e conceitual; o seu conteúdo; o seu tratamento como norma fundamental; a incidência da dignidade nas relações particulares, e o seu tratamento no âmbito constitucional e trabalhista. Em seguida, será analisada a evolução dos direitos de personalidade, em especial a intimidade e a privacidade, e a proteção dada às correspondências eletrônicas ao longo das constituições brasileiras. Reconhece-se a aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares, em especial as trabalhistas, através da horizontalização dos direitos fundamentais. Feito isto, mister ressaltar a caracterização do poder de controle empresarial, suas características e prerrogativas, bem como, as limitações que encontra no ordenamento jurídico. Com o intuito de sopesar os direitos em conflito diante da fiscalização dos *e-mails*, a resolução de casos concretos será objeto de apreciação. Diante do estudo realizado, afirma-se que a fiscalização deve ser feita de forma razoável, obedecendo a determinadas limitações, sendo respeitado, primeiramente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direitos fundamentais. Intimidade. Privacidade. Poder de controle empresarial. Correspondências eletrônicas.

ABSTRACT

This research's main purpose is to analyze the inspection of electronic correspondence based on the principle of human dignity, the rights to intimacy and privacy as well as the prerogatives of business. At first, it will be analyzed the human dignity, its historical development and conceptual content; the treatment as a fundamental norm, the incidence of human dignity at particular relationships, and their treatment under constitutional and labor rights. Then, will assay the progress of personal rights, especially the intimacy and privacy and the protection given to the electronic correspondence along the Brazilian's constitutions. We recognize the fundamental rights application to particular relationships, especially labor, through the flattening of fundamental rights. After that is important to emphasize the characterization of the firm's controlling power, its characteristics and possibilities, as well as the limitations found in the legal system. With the aim of balancing the conflicting rights before the inspection of e-mails, it will be subject to assessment the resolution of some real cases. As result of the research, is come to the conclusion that the inspection must be done in a reasonable manner, complying with certain limitations, respecting, foremost, the first principle of human dignity.

Keywords: Principle of Human Dignity. Fundamental Rights. Intimacy. Privacy. Firm's Controlling Power. Electronic Correspondence.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
Ed.	Edição
Inc.	Inciso
N.	Número
P.	Página

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCB	Código Civil Brasileiro
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República de 1988
CUT	Central Única dos Trabalhadores
DJMG	Diário da Justiça de Minas Gerais
HSBC	<i>HongKong and Shanghai Banking Corporation</i>
NCC	Novo Código Civil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
RIP	<i>Regulamentation of Investigatory Power</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A PESSOA HUMANA E A TUTELA DE SUA DIGNIDADE: ÂMBITO CONSTITUCIONAL E ÂMBITO JUSTRABALHISTA.....	16
2.1 Evolução da dignidade da pessoa humana.....	16
2.2 Dignidade da pessoa humana: conteúdo.....	27
2.3 A dignidade da pessoa humana como norma fundamental.....	40
2.4 A incidência da dignidade da pessoa humana nas relações particulares.....	51
2.5 Âmbito constitucional e âmbito justralhista.....	54
3. DIREITOS DA PERSONALIDADE (INTIMIDADE E PRIVACIDADE) NA SEARA LABORAL.....	60
3.1 Direitos de personalidade – traços evolutivos.....	60
3.2 Intimidade e privacidade: origem histórica e tratamento jurídico.....	72
3.3 A tutela jurisdicional das correspondências nas constituições brasileiras.....	91
3.4 A tutela jurisdicional da intimidade e da privacidade dos trabalhadores.....	93
3.5 A horizontalização dos direitos fundamentais.....	101
4. PODER FISCALIZATÓRIO EMPRESARIAL: SUAS POTENCIALIDADES E LIMITAÇÕES NA ORDEM JURÍDICA.....	115
4.1 Poder fiscalizatório empresarial: caracterização.....	115
4.2 Potencialidades e prerrogativas do Poder fiscalizatório empresarial.....	126
4.3 Limitações do Poder fiscalizatório empresarial.....	129
4.4 Proteções trabalhistas e prerrogativas empresariais – a colisão dos direitos fundamentais.....	137

5. A COMUNICAÇÃO PESSOAL E PROFISSIONAL DO TRABALHADOR NA EMPRESA: ADEQUAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PROTEÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À PESSOA HUMANA EM CONFRONTO COM AS PRERROGATIVAS EMPRESARIAIS – O CASO DAS CORRESPONDÊNCIAS ELETRÔNICAS.....	150
5.1 A “nova fiscalização”	150
5.2 Correspondência eletrônica: repercussões jurídicas.....	153
5.3 Análise de situações concretas.....	157
5.4 Formas de adequação: como solucionar o conflito?.....	162
6. CONCLUSÃO.....	176
REFERÊNCIAS.....	180

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico que vem acontecendo nos últimos tempos está mudando as relações entre os homens e, nessa percepção, encaixam-se as relações de trabalho, que sofrem modificações diante dessa nova realidade. A partir daí, surgem novas questões que ainda não estão pacificadas, como é o caso do poder de controle que o empregador pode exercer sobre as correspondências eletrônicas de seus empregados. A pesquisa contribuiu para mostrar a importância da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da privacidade dos empregados e os limites que devem ser impostos ao poder de controle dos empregadores.

A desenfreada globalização e a constante evolução tecnológica pela qual a sociedade passa modificaram, e continuam modificando significativamente as relações sociais, principalmente as trabalhistas. O direito não evolui com a mesma rapidez que as novas ferramentas tecnológicas de trabalho são inseridas no ambiente laboral. O direito evolui a partir do momento em que a sociedade apresenta novas situações, novos conflitos, aos operadores do direito. A partir daí, a doutrina é instigada a produzir e a jurisprudência começa a se solidificar em determinada direção.

É possível resolver conflitos que ainda não foram regulados pelo ordenamento jurídico através de normas e princípios já existentes, que abrangem situações diversas. A Constituição da República de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, pautado principalmente na valorização da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana irá permear o estudo do capítulo 2 devido à importância da sua aplicação em diversas situações, de forma a garantir o cumprimento da Carta Magna.

Nesse capítulo será feita uma breve exposição acerca da evolução do princípio da dignidade da pessoa humana, não só da aplicabilidade como da progressiva normatização desse princípio, principalmente nas Constituições Brasileiras.

Será analisada a evolução da dignidade da pessoa humana no pensamento ocidental, passando pelos conceitos dados ao longo da evolução

da sociedade. O ideário cristão, ponto de partida para a identificação da dignidade da pessoa humana, será abordado, bem como o seu tratamento no Cristianismo.

A contribuição do pensamento iluminista do Século XVII para a introdução da “racionalidade humana” será analisada, da mesma forma que a considerável contribuição de Kant, através de seus “imperativos categóricos”.

Será destacada a introdução da dignidade da pessoa humana nos diplomas normativos. Após a barbárie acontecida na Segunda Guerra Mundial, as constituições democráticas passam a incluir a proteção à dignidade da pessoa humana em seus textos, contribuindo de forma significativa para a evolução da sua proteção e valorização.

A Carta Magna de 1988 é promulgada instituindo um Estado Democrático de Direito e alçando a dignidade da pessoa humana a fundamento, princípio e objetivo da ordem democrática atual. Neste momento o Brasil evolui significativamente em relação à proteção aos direitos fundamentais.

Ainda no capítulo 2, será analisado o conteúdo da dignidade da pessoa humana através da contribuição de diversos autores que debatem o tema. Será ressaltada a importância de existir um conteúdo minimamente definido, para que exista uma maior efetividade na sua aplicação, sob pena da dignidade da pessoa humana ser tutelada apenas como uma “regra moral”.

Será objeto do estudo o tratamento da dignidade da pessoa humana como norma fundamental, bem como sua condição como norma jurídica, atuando, principalmente, como princípio jurídico basilar de todo o ordenamento jurídico.

Passa-se, então, a tratar da incidência da dignidade da pessoa humana nas relações particulares, sendo concentrado o estudo na possibilidade de relativização dos direitos fundamentais e na aplicação da ponderação às situações concretas. Será evidenciado o fato de que, nas relações particulares, nem sempre se depara com seres iguais, ao revés, na maioria das vezes se encontram seres desiguais, como é o caso das relações laborais.

Posteriormente, trata-se da aplicação da dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional e no âmbito justicialista. Será estudada a incidência

do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações laborais, bem como, as normas que garantem a sua proteção nesta área.

Será demonstrado que o empresariado deve respeitar a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores, uma vez que os mesmos não se despem desta característica ao celebrar o contrato de trabalho, sendo certo que a dignidade é inerente ao ser humano, além de ser irrenunciável.

No capítulo 3, serão analisados os direitos de personalidade, principalmente a intimidade e a privacidade, bem como, a proteção das correspondências eletrônicas nas constituições brasileiras. *A priori* será destacada a evolução dos direitos de personalidade, passando à análise da evolução histórico-jurídica da intimidade e da privacidade.

Uma das formas mais primitivas de proteção à intimidade é a proteção às correspondências, não só através de leis, como através das constituições, conforme restará evidenciado no decorrer do capítulo 3.

A tutela da intimidade e da privacidade dos trabalhadores será objeto de estudo, bem como a sua importância dentro do contexto da relação de emprego, em que os empregados encontram-se em situação desigual e hipossuficiente em relação aos empregadores e às novas formas fiscalizatórias colocadas à disposição da sociedade.

Por fim, será abordada a horizontalização dos direitos fundamentais, teoria de extrema importância para o presente estudo, que surgiu no ano de 1961, na Alemanha. Insta destacar a teoria da eficácia imediata, a teoria da eficácia mediata e a teoria dos deveres de proteção do estado. Alexy concilia as teorias supracitadas e contribui para a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, conforme será demonstrado. Serão destacados elementos que contribuíram para a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, quais sejam: a transição do Estado Liberal para o Estado Social; a constatação de que o poder não é fenômeno exclusivo do Estado, mas também da sociedade; e o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

No capítulo seguinte, será estudado o Poder de controle empresarial, elemento de extrema importância para a análise das situações de colisão entre este poder e os direitos fundamentais dos trabalhadores. Até que ponto o

exercício desse poder pode ser feito sem agredir as limitações que a ordem jurídica impõe-lhe, de forma a respeitar os princípios da dignidade humana, da intimidade e da privacidade de seus empregados.

O Poder fiscalizatório das empresas permite que estas exerçam um Poder de controle sobre os seus empregados. Esse poder é dotado de potencialidades, mas também, encontra limitações impostas pela ordem jurídica e pelos princípios norteadores do Direito do Trabalho assim como do Direito Constitucional. Será analisado de que forma o empregador pode fiscalizar o empregado, sem agredir-lhe a dignidade da pessoa humana e invadir a sua privacidade, especialmente, no caso das correspondências eletrônicas.

Primeiramente será feita uma análise do fenômeno do poder, passando ao estudo do poder empresarial e, posteriormente, ao estudo do poder fiscalizatório especificamente. A partir daí, serão estudadas as potencialidades e prerrogativas encontradas na ordem jurídica, que legitimam o exercício do Poder de controle dos empregadores. Para tanto, serão analisadas normas constitucionais que legitimam a prerrogativa dos empregadores de organizar, dirigir e fiscalizar a atividade empresária.

As limitações a este poder também serão objeto de estudo, sendo debatido que tais limites, de certa forma, legitimam o poder de controle, uma vez que afastam uma eventual arbitrariedade no seu exercício. Limites estes que serão encontrados em normas constitucionais, trabalhistas e, até mesmo, em regulamentos criados pelos próprios empresários.

Por fim, o capítulo 4 passará a cuidar das colisões decorrentes das proteções trabalhistas e das prerrogativas empresariais. Quando o exercício do poder de controle empresarial encontra limitações nos direitos fundamentais dos trabalhadores, ocorre uma colisão de direitos fundamentais. Como será constatado, tais casos deverão ser analisados à luz do princípio da proporcionalidade, sendo utilizada a técnica da ponderação.

No capítulo 5, as novas formas de fiscalização introduzidas com os avanços tecnológicos pelos quais a sociedade vem passando serão objeto de estudo. As correspondências eletrônicas, instrumento inserido nas relações laborais e, atualmente, principal meio de comunicação dentro das empresas,

serão estudadas. As diferenciações existentes nesta nova forma de comunicação e suas repercussões no ordenamento jurídico serão objeto de debate e contribuirão para a análise das situações concretas que será feita *a posteriori*.

Com o intuito de analisar as respostas que têm sido dadas à sociedade no que diz respeito à fiscalização das correspondências eletrônicas, serão analisados casos concretos, de forma a esclarecer qual é a linha dos operadores de direito e quais fundamentos vêm sendo utilizados para embasar as decisões.

Finalmente, serão estudadas formas de adequação propostas por diversos autores entre o poder de controle e a preservação da intimidade e da privacidade dos trabalhadores.

O tema escolhido é controvertido, ou seja, não existe ainda uma solução pacífica e amplamente aceita nos tribunais, os julgados acerca do tema são recentes, até mesmo por ser uma questão nova. Assim, as correntes doutrinárias procuram expor soluções com justificativas plausíveis, uma vez que não existem normas na legislação brasileira que tratem especificamente da violação dos *e-mails* nas relações de trabalho.

O objetivo do presente trabalho é estabelecer de que forma poderá ser realizada a fiscalização das correspondências eletrônicas, sem que a intimidade e a privacidade dos trabalhadores sejam violadas, sendo respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio supremo do ordenamento jurídico brasileiro.

2. A PESSOA HUMANA E A TUTELA DE SUA DIGNIDADE: ÂMBITO CONSTITUCIONAL E ÂMBITO JUSTRABALHISTA

A princípio, será analisada a evolução da dignidade da pessoa humana, sendo esclarecido, na medida do possível, o seu conteúdo, bem como a sua posituação como norma fundamental, chegando, finalmente, ao seu tratamento no ordenamento jurídico constitucional e trabalhista.

2.1 Evolução da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado o princípio que limita e, de certa forma, regula todas as relações existentes na sociedade, principalmente a relação trabalhista. Ressalta-se, assim, a sua evolução no pensamento ocidental.

O conceito da dignidade humana, analisado sob o prisma do valor intrínseco da pessoa humana, iniciou-se, como propõe Ingo Sarlet¹, no pensamento clássico e no ideário cristão. O autor afirma que, tanto no Antigo como no Novo Testamento, são encontradas referências que revelam que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus. De tal premissa o cristianismo extraiu a seguinte consequência: o ser humano é dotado de um valor intrínseco e deve ser respeitado, não pode ser tratado como mero objeto². O ser humano não deve ser considerado um meio para obter um fim, mas sim, um fim em si mesmo.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana no ideário cristão baseou-se em dois fundamentos:

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 6, 2008, p.30.

² SARLET, 2008, p. 30.

o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária, através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural.³

Helder Martinez afirma que a dignidade da pessoa humana:

[...] surge com a derrogação das leis de Talião e outros legisladores da Antiguidade, pelos preceitos trazidos a lume pelo cristianismo, nas máximas uniformizadoras do bem proceder, que ditam o “amar ao próximo como a si mesmo” e o “fazer ao próximo todo o bem que gostaríeis que vos fizessem e não lhe fazer o mal que não gostaríeis que vos fosse feito”.⁴

Com o advento do Cristianismo, pela primeira vez o homem passou a ser valorizado de forma individual, e a salvação, pela primeira vez, “não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal”⁵.

A tradição do pensamento cristão enfatiza que cada homem relaciona-se com um Deus, que também é pessoa⁶, assim, chega-se à concepção do ser humano como um ser distintivo, uma vez que é dotado de consciência e razão.

Na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, Leão XIII já funda seus ensinamentos na necessidade de respeito à dignidade do homem, evidenciando como uns dos princípios relativos a tal máxima os princípios referentes à dignidade do trabalhador⁷. Leão XIII alia ao sentido de valorização do homem, a valorização do trabalho, chegando, assim, à valorização do homem enquanto ser trabalhador.

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade dizia respeito ao grau de reconhecimento perante aos demais membros da comunidade e à posição social ocupada pelo indivíduo⁸. Nessa época havia a

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativos, in SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

⁴ DAL COL, Helder Martinez. O princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho e a prevenção da infortunistica. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, n. 111, jul./set. 2003, p. 235.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar n. 221, jul./ago./set. 2000, p. 160.

⁶ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 11, n. 44, jul./set. 2003, p. 94.

⁷ GOMES, 2003, p. 118.

⁸ SARLET, 2008, p. 30.

gradação da dignidade: o sujeito era mais ou menos digno que as demais pessoas de sua convivência.

Os gregos não conheciam a dignidade da pessoa singular. Contudo, Aristóteles exaltava o homem, quando perfeito, como o melhor ser de todos os animais, “mas, quando afastado do direito e da justiça, como o pior de todos”⁹.

Já no pensamento estóico, a dignidade era vista de forma diversa, a “dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, distinguia-o das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade”¹⁰. Esta noção encontra-se ligada à idéia de liberdade pessoal dos indivíduos, sendo o homem um ser livre e responsável, e também “à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade”¹¹.

Dinaura Godinho Gomes assinala que, para os estóicos, o homem conduzia a sua vida segundo as leis da natureza, uma vez que fazia parte da natureza cósmica e seguia os ditames da razão¹². Os estóicos propunham que existia uma lei comum na natureza baseada na razão, e que tal lei era válida universalmente, em todo o cosmo¹³.

Cícero, um dos principais expoentes do estoicismo, defendia a idéia de que a mente e a razão do ser humano inteligente eram o padrão que iria medir a justiça e a injustiça, e acreditava ser a justiça inerente ao ser humano¹⁴.

Como ressalta Dinaura Godinho Gomes, a idéia de justiça dos estóicos acabou por influenciar os movimentos contrários à discriminação, inclusive à escravidão. Segundo a autora,

Estavam convencidos os filósofos estóicos de que os homens são essencialmente iguais, razão por que as discriminações entre eles, por conta do sexo, classe, raça ou nacionalidade eram injustas e contrárias à lei da natureza. Tal idéia de igualdade foi transplantada no terreno da filosofia política e na jurisprudência do Império Romano, o que, gradualmente, determinou mudanças no que concerne às concepções referentes à escravidão.¹⁵

⁹ GOMES, 2003, p. 94.

¹⁰ SARLET, 2008, p. 30.

¹¹ SARLET, 2008, p. 30.

¹² GOMES, 2003, p. 94.

¹³ GOMES, 2003, p. 94.

¹⁴ GOMES, 2003, p. 94.

¹⁵ GOMES, 2003, p. 94.

Logo na primeira fase do cristianismo, o Papa São Leão Magno contribuiu para a evolução da dignidade da pessoa humana, como ensina Sarlet, com a seguinte idéia:

[...] os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo¹⁶.

Anício Manlio Severino Boécio, no período inicial da Idade Média, elaborou um conceito novo de pessoa que acabou por influenciar a noção moderna de dignidade da pessoa humana. Boécio definiu a pessoa como “substância individual de natureza racional”¹⁷. São Tomás de Aquino foi influenciado por Boécio e chegou a utilizar o termo “*dignitas humana*”¹⁸.

No período da Renascença, o italiano Giovanni Pico della Mirandola, um dos mais notáveis representantes do renascentismo, exaltou a racionalidade como qualidade essencial e peculiar do ser humano, e “advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino”¹⁹. O discurso de Giovanni, chamado *Oratio de Hominis Dignitate*, foi considerado um marco do renascimento humanista, datado de 1486, época em que o italiano era um jovem com apenas 23 anos²⁰.

Como ensina Sarlet, o jovem italiano Giovanni, ao justificar a superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que,

[...] sendo criatura de Deus, ao homem (diversamente dos demais seres, de natureza bem definida e plenamente regulada pelas leis divinas) foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja.²¹

¹⁶ SARLET, 2008, p. 31.

¹⁷ BOÉCIO *apud* SARLET, 2008, p.31.

¹⁸ SARLET, 2008, p. 32.

¹⁹ SARLET, 2008, p. 32.

²⁰ MORAES, 2006, p. 114.

²¹ SARLET, 2008, p. 32.

A noção encontrada no Antigo e no Novo testamento²² foi afirmada por Tomás de Aquino, que acentuou a idéia de que o ser humano existe em função da sua vontade, exaltando a capacidade de autodeterminação da natureza humana. São Tomás de Aquino, influenciado pelas idéias de Aristóteles e Cícero, propunha que o homem, por sua vontade constante, dá a cada um aquilo que lhe pertence²³.

São Tomás de Aquino entendia que, pela justiça distributiva, cada um vai receber aquilo que lhe é devido, diante da sua posição pessoal na comunidade, coisas diversas são proporcionadas a pessoas diversas, na proporção de sua dignidade pessoal²⁴. Dinaura Godinho Gomes destaca, ainda na concepção tomista, a alteridade e o dever como propriedades essenciais da justiça, existindo a exigência de um dever: ser justo é prestar o devido a alguém²⁵.

Ingo Sarlet ressalta a importante contribuição do espanhol Francisco de Vitória para a construção da noção da dignidade da pessoa humana. Segundo Sarlet, no século XVI, o espanhol sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes índios e baseado no pensamento estóico e cristão,

[...] que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola.²⁶

No século XVII, com o movimento iluminista, a religiosidade deixou de ser o centro do sistema de pensamento, e foi substituída pelo próprio homem, assim, inicia-se um pensamento centrado na racionalidade humana. Segundo Ana Paula de Barcellos, esta mudança de paradigma resultou no fato de que:

O desenvolvimento teórico do humanismo acabara por redundar em um conjunto de consequências relevantes para o desenvolvimento da idéia de dignidade humana, como a preocupação com os direitos

²² Referente à noção de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, anteriormente destacada.

²³ GOMES, 2003, p. 95.

²⁴ GOMES, 2003, p. 95.

²⁵ GOMES, 2003, p. 95.

²⁶ SARLET, 2008, p. 32.

individuais do homem e o exercício democrático do poder. Com efeito, a regra majoritária era a fórmula capaz de realizar a igualdade essencial de cada homem no âmbito da deliberação política.²⁷

O pensamento de Immanuel Kant, nos séculos XVII e XVIII, período em que houve um processo de racionalização, deve ser destacado. Com a concepção kantiana da dignidade da pessoa humana, os traços religiosos foram abandonados sem, contudo, desconsiderar a profunda influência do pensamento cristão, principalmente a aceção desenvolvida por São Tomás de Aquino e Boécio.

Em 1788, com a Crítica da Razão Prática, Kant reconstruiu a moralidade em novas bases, criou o “imperativo categórico”, que deve valer universalmente, para toda e qualquer ação moral²⁸. O imperativo categórico de Kant se traduz na seguinte sentença: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”²⁹. O imperativo categórico de Kant é orientado pelo valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Kant ressaltou que o ser humano não poderia ser tratado como um mero instrumento, objeto, o homem é um fim em si mesmo³⁰. Sua concepção de dignidade considera a autonomia ética do ser humano como o fundamento da dignidade do homem. Ainda,

[...] Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.³¹

Immanuel Kant afirma que quando uma coisa tem um preço, ela pode ser substituída por outra coisa que contenha um preço equivalente, isso acontece no reino dos fins. Entretanto, quando uma coisa não tem preço, mas

²⁷ BARCELLOS, 2000, p. 160.

²⁸ MORAES, 2006, p. 115.

²⁹ MORAES, 2006, p. 115.

³⁰ Idéia já destacada pelo cristianismo.

³¹ SARLET, 2008, p. 33.

está acima do preço e não pode ser substituída, não possui equivalente, ela tem dignidade³². Neste sentido, Kant destaca que:

Aquilo que se relaciona às inclinações e às necessidades gerais do homem tem um preço de mercado; (...) mas aquilo que constitui a condição necessária pela qual alguma coisa possa ser um fim em si mesma, não tem um valor relativo, ou um preço, mas um valor intrínseco, que é a dignidade.³³ (grifos nossos)

Para Kant, o Direito e o Estado deverão estar organizados em benefício dos indivíduos e é necessário que exista uma separação dos poderes, além de uma “generalização do princípio da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais”³⁴.

Assim, é possível afirmar que Kant considera o homem universalmente em função de sua autonomia, como um fim em si mesmo, nunca como um instrumento para atingir determinado fim, que possui valor inestimável e inapreciável. Othon de Azevedo Lopes destaca como desdobramentos éticos e morais da proposta de Kant as seguintes proposições:

[...] 1) a impossibilidade de se coisificar o homem, relativizando-o ou mensurando-o; 2) a indisponibilidade de tal condição; 3) a transformação do ser humano em meio quando seus direitos fundamentais são violados; 4) a necessidade de se promover a humanidade como um fim em si mesma; 5) a constituição de uma comunhão de fins para a promoção da felicidade do indivíduo; e 6) a afirmação da dignidade da pessoa humana como um princípio supremo.³⁵ (grifos nossos)

A doutrina nacional e internacional fundamenta e conceitua a dignidade da pessoa humana atualmente com base no pensamento kantiano. Tal pensamento está sujeito à crítica de conter um antropocentrismo exacerbado, uma vez que leva em consideração apenas os seres racionais. Entretanto, atualmente, cada vez mais fala-se em proteção aos demais seres vivos, ao meio ambiente, a todos os recursos naturais, assim, pode-se falar em uma

³² SARLET, 2008, p. 34.

³³ KANT, Immanuel apud LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar, n. 238, out./dez. 2004, p. 209.

³⁴ BARCELLOS, 2000, p. 161.

³⁵ LOPES, 2004, p. 211.

dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana³⁶. Tema este que não será objeto do presente trabalho.

O desenvolvimento do pensamento kantiano incentivou bastante a produção jurídica. Entretanto, existiram diversos contrapontos, dentre eles, o desenvolvido por Hegel. Expoente do idealismo filosófico alemão do século XIX, Hegel sustentava que a dignidade não nasce com o ser humano, mas que o ser humano torna-se digno, no momento em que assume sua condição de cidadão³⁷.

Hegel propõe que a dignidade advém de um reconhecimento, especificamente no fato de que cada um deve ser pessoa, ser racional, e respeitar os demais como pessoas, seres racionais³⁸. Apesar de possuir pontos em comum com o pensamento de Kant, a acepção proposta por Hegel afasta da dignidade da pessoa humana as qualidades inerentes a todos os seres humanos, além de não utilizar como principal pressuposto a racionalidade³⁹.

A evolução da dignidade da pessoa humana foi tratada por diversas acepções: desde o pensamento jusnaturalista, passando pela acepção cristã e humanista e, finalmente, pelo pensamento kantiano, continuando a desenvolver-se até os tempos atuais.

Uma das primeiras e mais importantes referências feitas ao princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio jurídico, consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, aprovada pela Assembleia Geral da ONU realizada em Paris, onde a dignidade aparece como “base da liberdade, da justiça e da paz”⁴⁰. A Declaração trata da dignidade em seu preâmbulo, em seu artigo primeiro, e, já em seu artigo XXIII, a dignidade da pessoa humana é vinculada ao trabalho.

Influenciado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, o primeiro diploma a se manifestar sobre a dignidade da pessoa humana, foi a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, também influenciada pela

³⁶ SARLET, 2008, p. 35.

³⁷ SARLET, 2008, p. 38.

³⁸ SARLET, 2008, p. 38.

³⁹ SARLET, 2008, p. 39.

⁴⁰ DELGADO, 2004, p. 14.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789⁴¹. Na Lei Fundamental de Bonn a dignidade da pessoa humana foi tratada da seguinte maneira: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la” (art. 1.1)⁴².

Ingo Sarlet, citado por Felipe Kersten e Alessandra Mistrongue, afirma que somente é possível falar em incorporação dos direitos do homem à ordem constitucional com a positivação dos direitos fundamentais na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁴³.

Um momento marcante para a evolução da dignidade da pessoa humana foi o final da Segunda Guerra Mundial. Todo o horror acontecido, a completa perda da noção da dignidade da pessoa humana, chocou e, de certa forma, transtornou todas as convicções que aparentemente eram universais. Como ressalta Ana Paula de Barcellos, “a terrível facilidade com que milhares de pessoas (...) abraçaram a idéia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política válida de governo ainda choca”⁴⁴.

A reação a tais acontecimentos acabou por contribuir muito para a evolução da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que:

A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Mais importante que isso, talvez, foi, e é, a preocupação com a realização efetiva e generalizada dessa dignidade essencial.⁴⁵ (grifos nossos)

Depois da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passa a fazer parte do núcleo basilar de diversas constituições democráticas: Constituição da Alemanha de 1949; Constituição Portuguesa de 1976;

⁴¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar n. 219, jan./fev./mar. 2000, p. 238.

⁴² NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 238.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang apud KERSTEN, Felipe de Oliveira; e MISTRONGUE, Alessandra Loyola. A invasão de privacidade: a violação de e-mails nas relações de trabalho à luz da ordem jurídico-constitucional brasileira. São Paulo: **Revista LTr**, Legislação do Trabalho, Ano 68, mar. 2004, p. 312.

⁴⁴ BARCELLOS, 2000, p. 161.

⁴⁵ BARCELLOS, 2000, p. 162.

Constituição Espanhola de 1978⁴⁶. Nestas constituições, a dignidade da pessoa humana foi tratada como fundamento da ordem social e política de seus respectivos Estados.

A primeira constituição brasileira a tratar da dignidade foi a Constituição de 1946 que apenas a relacionou ao trabalho, assegurando a todos “trabalho que possibilite existência digna”⁴⁷. As Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a dignidade da pessoa humana apenas com relação ao trabalho.

A partir da Constituição da República de 1988 a dignidade da pessoa humana começou a receber um tratamento completamente diverso, sendo alçada ao núcleo do sistema constitucional, e passando a ser princípio fundamental de todo o sistema jurídico⁴⁸.

Ao longo do texto constitucional a dignidade da pessoa humana é mencionada diversas vezes, sendo tratada como princípio fundamental; objetivo da República Federativa do Brasil; além de ser ressaltada nos títulos que tratam da “Ordem Econômica”, “Ordem Social”, dentre outros. Como pontua Maurício Godinho Delgado, a Constituição de 1988 coloca a dignidade da pessoa humana como: “fundamento da vida no País, princípio jurídico inspirador e normativo, e, ainda, fim, objetivo de toda a ordem jurídica”⁴⁹.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, assinada em dezembro de 2000, em Nice, tutela a dignidade da pessoa humana em seu primeiro artigo: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”, além de dedicar o seu Capítulo I ao assunto⁵⁰.

A partir do momento em que a dignidade da pessoa humana foi assegurada em diversos ordenamentos jurídicos, surgiu um esforço por parte da doutrina para assegurar a realização prática das Constituições⁵¹. A concepção que até então vigorava era a de tratar as normas constitucionais como programas indicativos para o legislador.

⁴⁶ DELGADO, 2004, p. 15.

⁴⁷ DELGADO, 2004, p. 15.

⁴⁸ DELGADO, 2004, p. 15.

⁴⁹ DELGADO, 2004, p. 16.

⁵⁰ MORAES, 2006, p. 117.

⁵¹ BARCELLOS, 2000, p. 162.

Assim, já na segunda metade do século XX, surge um novo discurso acerca das normas constitucionais: o discurso normativo⁵². Esse discurso propõe que as normas constitucionais possuem normatividade, são normas jurídicas⁵³,

[...] e como tais, dirigidas a toda sociedade, em especial ao Poder Judiciário e aos indivíduos. Na concepção atual, portanto, as normas constitucionais são normas jurídicas, isto é: são imperativas, existem para realizar-se e estão à disposição de todos os jurisdicionados.⁵⁴

Ana Paula de Barcellos afirma que um dos poucos consensos teóricos que existem nos dias de hoje é relacionado ao valor essencial do ser humano, ressaltando o fato de que “a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente”⁵⁵.

Sarlet pontua que a dignidade da pessoa humana ocupa, até os dias de hoje, um posicionamento central nas discussões e pesquisas filosóficas, jurídicas e políticas, principalmente nas diversas ordens constitucionais existentes que pretendem constituir um Estado Democrático de Direito⁵⁶.

A dignidade da pessoa humana passou por uma evolução ao longo dos anos, sendo valorizada cada vez mais, chegando ao núcleo das constituições democráticas, o que ocorreu no Brasil com a Carta Magna de 1988. Entretanto, a sua positivação não basta, é preciso que o respeito à dignidade seja efetivado e, para que isso aconteça, deve-se compreender qual é o seu conteúdo.

⁵² BARCELLOS, 2000, p. 163.

⁵³ O tema não será objeto de estudo, entretanto, cabe ressaltar que nem todas as normas constitucionais podem ser consideradas normas jurídicas, in BARCELLOS, 2000, p. 163.

⁵⁴ BARCELLOS, 2000, p.163.

⁵⁵ BARCELLOS, 2000, p. 159.

⁵⁶ SARLET, 2008, p. 40.

2.2 Dignidade da pessoa humana: conteúdo

A tarefa de conceituar a dignidade da pessoa humana é, sem dúvida alguma, extremamente difícil de ser concretizada. O que pretende-se é aproximar-se dos principais elementos que integram a dignidade da pessoa humana, alcançando o seu conteúdo da melhor forma possível.

É uma tarefa árdua precisar o conceito de dignidade da pessoa humana de forma a abranger todos os seus efeitos, enquanto norma jurídica fundamental. Não à toa Theodor Heuss referiu-se à dignidade da pessoa humana como “tese não interpretada”⁵⁷. Os conceitos e palavras, geralmente, utilizados para definir a dignidade da pessoa humana, quase sempre são vagos e imprecisos e, além disso, a dignidade da pessoa humana não diz respeito a um atributo específico do ser humano, mas a uma característica inerente a todo ser humano.

Estabelecer as situações concretas em que a dignidade é violada é tarefa muito mais fácil do que construir um conceito jurídico-normativo completo, para a dignidade da pessoa humana. Ao longo do tempo, a jurisprudência e a doutrina construíram conceitos basilares para definir a dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet afirma que o conceito da dignidade da pessoa humana não poderá ser construído de maneira fixista, uma vez que:

[...] uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento⁵⁸.

O processo de construção e desenvolvimento reclama aos órgãos estatais uma tarefa constante de concretização da dignidade da pessoa humana, de forma a sair do plano abstrato, garantindo o seu respeito e punindo a sua violação. Assim, vão existir consequências jurídicas, razão pela qual não

⁵⁷ SARLET, 2008, p. 41.

⁵⁸ SARLET, 2008, p. 43.

é prescindível a existência de uma compreensão jurídica da dignidade humana, por mais complicada que seja tal tarefa. No mesmo sentido, Sarlet afirma:

No entanto, quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir – na esteira do que leciona González Pérez – de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações.⁵⁹

A dignidade é irrenunciável, inalienável, é inerente a todo ser humano e, assim, não advém de um direito a uma prestação. Deve ser respeitada, promovida, reconhecida, não podendo ser retirada, criada ou adquirida⁶⁰.

Como ressalta Sarlet,

[...] a dignidade é tida como intangível pelo fato de que assim foi decidido, na medida e no sentido em que se decidiu, o que demonstra como se pode chegar a resultados tão díspares e até mesmo conflitantes entre si, na aplicação concreta da noção de dignidade da pessoa.⁶¹

Todos os seres humanos possuem dignidade, inclusive aqueles que cometem atos infames, puníveis, condenáveis, não podem ter negada a proteção e o respeito à sua dignidade. Segundo Ingo Sarlet,

Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.⁶²

Preceitua a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”⁶³.

⁵⁹ SARLET, 2008, p. 45.

⁶⁰ SARLET, 2008, p. 44.

⁶¹ SARLET, 2008, p. 45.

⁶² SARLET, 2008, p. 46.

⁶³ SARLET, 2008, p. 46.

A Declaração Universal influenciou o Tribunal Constitucional da Espanha que, em relação à dignidade, propôs que a dignidade é “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”⁶⁴.

Sarlet cita o alemão Günter Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que:

[...]cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.⁶⁵

A matriz kantiana, que introduziu a noção de autonomia e o direito de autodeterminação na concepção da dignidade da pessoa humana, continua influenciando os doutrinadores modernos. Percebe-se tal influência na Declaração Universal, bem como nos ensinamentos de diversos doutrinadores, como Günter Dürig.

Joaquim José Gomes Canotilho acolhe a idéia do italiano Pico della Mirandola ao tratar da dignidade da pessoa humana. Como afirma Sarlet, o autor propõe que o princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana seria o “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida, segundo o seu próprio projeto espiritual”⁶⁶.

Sarlet ressalta que a autonomia discutida é considerada em abstrato, sendo esta a capacidade que cada um tem de realizar as suas escolhas, de exercer a autodeterminação. Tal capacidade é potencial, não depende da sua realização no caso concreto. Assim, o absolutamente incapaz, por exemplo, possui a mesma dignidade que os seres plenamente capazes⁶⁷.

⁶⁴ SARLET, 2008, p. 47.

⁶⁵ SARLET, 2008, p. 47.

⁶⁶ SARLET, 2008, p. 47

⁶⁷ SARLET, 2008, p. 47-48.

Miguel Reale manifesta-se no sentido de que a dignidade da pessoa humana é um valor inerente à natureza do homem, preexistente à sua normatização, assim, a sua constitucionalização é exatamente a tomada de consciência da sua existência como valor, é uma projeção histórica do ser humano como ser social⁶⁸.

Existe corrente contrária à idéia de que a dignidade é algo inerente à pessoa humana. Tal corrente propõe que a dignidade possui uma dimensão natural e cultural, que foi construída pela humanidade ao longo dos anos, sendo fruto de muito trabalho⁶⁹. A aceção proposta por esta corrente já havia sido reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, e também é encontrada em decisão do Tribunal Constitucional de Portugal⁷⁰.

Ingo Sarlet transcreve um trecho da decisão do Tribunal Constitucional de Portugal que evidencia a adoção da dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana:

[...] a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem que concretizar-se histórico-culturalmente.⁷¹

Sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana não tem um conteúdo universal e fixo, não existe uma fórmula específica que é a “verdadeira”, uma vez que se encontra em processo de permanente construção, evolução e até mesmo repactuação⁷².

Acompanhando tal raciocínio, Sarlet cita o alemão Ernst Benda, cujo pensamento é no seguinte sentido: para que a dignidade não se transforme em apelo ético, “impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana”⁷³.

⁶⁸ REALE, Miguel *apud* GOMES, 2003, p. 98.

⁶⁹ SARLET, 2008, p. 48.

⁷⁰ SARLET, 2008, p. 48-49.

⁷¹ SARLET, 2008, p. 49.

⁷² SARLET, 2008, p. 49.

⁷³ SARLET, 2008, p. 49.

Para Sarlet, a partir das considerações feitas, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana possui duas funções: limite e tarefa, não só dos poderes estatais, mas também da comunidade, de cada um dos indivíduos⁷⁴.

Em relação à dimensão dúplice da dignidade – limite e tarefa – Sarlet, seguindo a lição de Podlech, assevera que:

[...] na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser pedido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto.⁷⁵ (grifos nossos)

Considerando a dimensão dúplice da dignidade da pessoa humana, mais uma vez evidencia-se a importância de uma definição do seu conteúdo normativo-jurídico, e da imposição de consequências jurídicas, no caso de ofensa à dignidade. O conteúdo não deve ser imutável, ao contrário, a evolução é, extremamente, importante, mas deve assegurar a sua observância pelos membros da comunidade e pelo Estado.

Sarlet salienta que, reconhecer a dimensão cultural e prestacional da dignidade não significa afirmar que a dignidade deve ser tratada como uma prestação, pelo menos não:

[...] naquilo em que se sustenta ser a dignidade não um atributo ou valor inato e intrínseco do ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação.⁷⁶

⁷⁴ SARLET, 2008, p. 49.

⁷⁵ SARLET, 2008, p. 50.

⁷⁶ SARLET, 2008, p. 50.

Luhman, tido como principal representante desta corrente, acredita que o indivíduo alcança a sua dignidade a partir do momento que pratica uma conduta autodeterminada e constrói sua identidade com êxito⁷⁷.

Sarlet critica tal concepção e assevera que a mesma não corresponde às exigências do estado constitucional, uma vez que mesmo aquele indivíduo que nada presta para os outros, e até para si próprio, não deixa de ter a sua dignidade, e não perde o direito de ter a sua dignidade respeitada e protegida⁷⁸. Como exemplo, pode-se citar o nascituro e o absolutamente incapaz, ambos possuem dignidade e esta deve ser respeitada.

Além disso, Sarlet entende que “a tarefa do Estado em proteger o processo de formação da personalidade restaria inviabilizada em se atribuindo esta proteção, apenas, ao resultado e expressão da construção da identidade”⁷⁹. Tal pensamento acaba por colocar em risco a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana, o que aconteceria caso o indivíduo não fosse exitoso na construção da sua personalidade.

Na perspectiva já analisada, a dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do estado manifesta-se tanto na autonomia da pessoa humana, como na necessidade de proteção e respeito da dignidade pelo estado e pela comunidade. Na necessidade de proteção, a dignidade aparece com uma perspectiva assistencial⁸⁰ da pessoa humana, tal dimensão pode prevalecer sobre a autonomia.

Esta concepção é baseada na doutrina de Dworkin⁸¹, segundo a qual, mesmo aqueles indivíduos que não possuem capacidade plena, não têm autonomia, possuem dignidade e devem receber proteção. Ou seja, possuem o direito de serem tratados com dignidade.

Dworkin propõe que mesmo aquele indivíduo que já perdeu a consciência de sua dignidade merece tê-la protegida, considerada e respeitada. Neste ponto, Dworkin baseia-se expressamente no pensamento

⁷⁷ LUHMAN *apud* SARLET, 2008, p. 51.

⁷⁸ SARLET, 2008, p. 51.

⁷⁹ SARLET, 2008, p. 51.

⁸⁰ SARLET, 2008, p. 51.

⁸¹ DWORKIN, Ronald *apud* SARLET, 2008, p. 52.

kantiano: o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo, jamais como um objeto.

Sarlet assevera que Dworkin parte do seguinte pressuposto:

[...] de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco (na “santidade e inviolabilidade”) da vida humana, de todo e qualquer ser humano, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada.⁸²

Acerca do tratamento da dignidade da pessoa humana como um conjunto de prestações que garanta um mínimo existencial, Ingo Sarlet propõe que:

Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atual como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia de mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou uma ação estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.⁸³ (grifos nossos)

Em relação a uma dimensão estritamente individual e uma dimensão social, Maurício Godinho Delgado entende que a idéia de dignidade está relacionada com a afirmação social do indivíduo, não sendo apenas a garantia de elementos ligados estritamente à personalidade do ser humano. O autor propõe que:

Tudo isso significa que a idéia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a *afirmação*

⁸² SARLET, 2008, p. 51-52.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 14, n. 57, 2006, p. 40.

social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada, caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por esse princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante.⁸⁴ (grifos do autor)

Na acepção proposta por Kant ressalta-se que, quando o homem presta serviço a outrem, de modo a ajudar um terceiro a alcançar determinada finalidade, ele está sendo “instrumentalizado”⁸⁵, entretanto, isso ocorre de forma espontânea e sem a ocorrência de degradação. Nesta hipótese, a sua dignidade não está sendo ofendida.

Kant entende que o que não poderá acontecer é o uso arbitrário e contra a vontade do indivíduo, de forma que ele se torne um objeto para alcançar determinado fim. Sarlet assevera que no desempenho das funções sociais existe uma sujeição entre os sujeitos, e o que a dignidade da pessoa humana proíbe é uma instrumentalização arbitrária do outro. Assim, quando a pessoa é utilizada com o intuito de atingir determinado fim, é possível identificar que a dignidade está sendo violada, caso o objetivo da conduta seja “coisificar” o outro, tratá-lo como mero objeto⁸⁶.

A respeito da aparente releitura que está sendo feita do pensamento kantiano, Sarlet cita Dieter Grimm, para quem:

[...] a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma, sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana.⁸⁷

Ressalta-se que apenas a dignidade da pessoa humana é passível de respeito, ou seja, não é considerada a dignidade em abstrato, mas sim a dignidade da pessoa individualmente considerada. Não é possível violar a dignidade da pessoa em abstrato. Assim, deve ser feita uma diferenciação

⁸⁴ DELGADO, 2004, p. 16-17.

⁸⁵ SARLET, 2008, p. 52.

⁸⁶ SARLET, 2008, p. 54.

⁸⁷ GRIMM, Dieter *apud* SARLET, 2008, p. 54.

entre a dignidade da pessoa e a dignidade humana, quando a última refere-se à humanidade como um todo⁸⁸.

A Constituição da República de 1988 referiu-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Assim, a ordem constitucional reconhece cada pessoa individualmente considerada, evitando, desta forma, o sacrifício da dignidade da pessoa humana individual em prol da dignidade da pessoa humana como um todo, considerada a humanidade⁸⁹.

Entretanto, Sarlet pontua que não é possível desconsiderar uma dimensão comunitária da dignidade “de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948)”⁹⁰ e, assim, todos conviverem em sociedade, como uma comunidade.

Com relação a esta dimensão intersubjetiva da dignidade, Kant salienta haver um dever de respeito entre os indivíduos de determinada comunidade, o filósofo propôs que:

É verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também não lhes subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para o fim de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como um fim em si mesmo. Pois se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os meus, para aquela idéia poder exercer em mim toda a sua eficácia.⁹¹

Ainda a respeito da dimensão intersubjetiva da dignidade, Sarlet cita Pérez Luño, que segue o pensamento de Kant, entretanto, justifica-a partindo da relação do ser humano com os demais para o ser humano individualmente considerado⁹².

⁸⁸ SARLET, 2008, p. 54.

⁸⁹ SARLET, 2008, p. 55.

⁹⁰ SARLET, 2008, p. 55.

⁹¹ KANT *apud* SARLET, 2008, p. 55.

⁹² SARLET, 2008, p. 56.

Para Sarlet, o que de fato é importante nesta dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana, pode ser destacado da lição de Gonçalves Loureiro. O autor Gonçalves Loureiro acredita que:

[...] a dignidade da pessoa humana - no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao “florescimento humano”.⁹³

A dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Sarlet, somente faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade e, por isso, a ordem jurídica deve protegê-la e respeitá-la, de forma que todos recebam igual tratamento por parte da sociedade e do Estado⁹⁴.

A partir desta premissa, Sarlet afirma que se deparou com a dimensão política da dignidade da pessoa humana, subjacente ao pensamento de Hanna Arendt: “a pluralidade pode ser considerada como a condição (e não apenas como uma das condições) da ação humana e da política”⁹⁵.

No mesmo sentido, Jürgen Habermas considera que a dignidade da pessoa humana, em um sentido moral e jurídico, está vinculada à simetria das relações humanas, ou seja, “a sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito”⁹⁶. Além disso, Habermas propõe que o ser humano somente torna-se indivíduo e ser racional no espaço público da comunidade da linguagem.

Logo, Sarlet salienta que, na esteira do pensamento de Hasso Hofmann,

[...] a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo (...) de tal sorte que, na esteira da lição de Peter Harbele, a consideração e reconhecimento recíproco da dignidade no âmbito da comunidade pode ser definida como uma espécie de “ponte dogmática”, ligando os indivíduos entre si.⁹⁷

⁹³ GONÇALVES, Loureiro *apud* SARLET, 2008, p. 56.

⁹⁴ SARLET, 2008, p. 57.

⁹⁵ SARLET, 2008, p. 57.

⁹⁶ SARLET, 2008, p. 57.

⁹⁷ SARLET, 2008, p. 57-58.

Sarlet acredita que tais concepções contribuíram para a superação de uma concepção biológica da dignidade humana e, ao mesmo tempo, permitiu a existência de uma qualidade comum entre todos os seres humanos a partir da vinculação da igual dignidade de todas as pessoas⁹⁸.

Outra acepção da dignidade é a sua contextualização histórico-cultural. Sarlet indaga até que ponto a dignidade da pessoa humana estaria acima das especificidades culturais⁹⁹. Em certas comunidades, certos atos são justificados por determinado traço cultural, entretanto, tal ato seria condenável em outras comunidades que não possuem aquela característica cultural, por ser considerado atentatório à dignidade da pessoa humana.

Mesmo que a dignidade da pessoa humana fosse considerada um conceito universal, existiriam traços distintos em seu tratamento e aplicação nas diversas sociedades existentes. A avaliação do que seria atentatório à dignidade certamente encontraria divergências.

Nesta linha de pensamento, Dworkin propõe que:

[...] a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui esta indignidade, critérios que variam conforme o local e a época.¹⁰⁰

Um exemplo do conflito que existe entre as sociedades é o fato de os Estados Unidos, em muitos de seus estados, admitirem a pena de morte, e discutirem serem inconstitucionais e ofensivas à dignidade certas formas de aplicar a pena, enquanto no Brasil a própria pena de morte já é considerada uma violação à dignidade¹⁰¹.

Depois de todo o exposto, conclui-se que a dignidade da pessoa humana deve ter um conteúdo minimamente definido e que acarrete consequências jurídicas, sob pena de se tornar apenas uma regra moral. Entretanto, a exata definição do seu âmbito de incidência jurídica também não parece ser possível e nem mesmo aconselhável. É necessário que se busque

⁹⁸ SARLET, 2008, p. 58.

⁹⁹ SARLET, 2008, p. 58.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald *apud* SARLET, 2008, p. 59.

¹⁰¹ SARLET, 2008, p. 58-59.

uma definição que faça sentido e seja operacionalizada diante do caso concreto.

Sarlet cita a fórmula desenvolvida por Dürig, na Alemanha, que propõe que a dignidade da pessoa humana seria considerada violada no momento em que a pessoa fosse tratada como mero objeto para atingir determinado fim, tratada como uma coisa, “sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos”¹⁰².

Tal concepção foi largamente utilizada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. Entretanto, Sarlet critica este pensamento, uma vez que o mesmo não define previamente o que deve ser protegido, mas protege através da verificação da violação no caso concreto¹⁰³.

Ao longo do tempo, a proteção à dignidade da pessoa humana foi evoluindo e a doutrina e a jurisprudência contribuíram para o desenvolvimento de uma maior proteção pela ordem jurídica da dignidade humana.

A Carta Magna de 1988, como visto, tratou a dignidade da pessoa humana como princípio¹⁰⁴, e, na condição de princípio, Maurício Godinho Delgado sustenta que:

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz a idéia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneos é a pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu *status* econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, subordinadamente aos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas.¹⁰⁵

Assim, a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa humana, Maurício Godinho pontua que a Constituição Federal de 1988 conferiu-lhe um “*status* multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: fundamento, princípio e objetivo”¹⁰⁶. Com isso, foi garantida à dignidade da pessoa humana uma amplitude de conceito, sendo ultrapassada uma visão

¹⁰² DÜRIG *apud* SARLET, 2008, p. 61.

¹⁰³ SARLET, 2008, p. 61.

¹⁰⁴ Além de fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil, como visto.

¹⁰⁵ DELGADO, 2004, p. 14.

¹⁰⁶ DELGADO, 2004, p. 16.

individualista “em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade da pessoa humana”¹⁰⁷.

Posição interessante sobre a dignidade da pessoa humana é a do espanhol Joaquín Arce y Flórez – Valdés. Valdés propõe que o respeito à dignidade da pessoa humana se desdobra em quatro importantes consequências:

[...] a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.¹⁰⁸ (grifos nossos)

Sarlet formula uma proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana que abarca todas as suas dimensões. A proposta é a seguinte:

*Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*¹⁰⁹ (grifos do autor)

Maurício Godinho Delgado, no mesmo sentido, afirma que ao lado da dimensão estritamente privada de valores, também é inerente à dignidade da pessoa humana a afirmação social do ser humano¹¹⁰. É justamente através do trabalho, em especial do emprego, que será possível ao indivíduo exercer a sua afirmação social¹¹¹. Maurício Godinho esclarece que:

¹⁰⁷ DELGADO, 2004, p. 16.

¹⁰⁸ FLÓREZ-VALDÉS apud NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 240.

¹⁰⁹ SARLET, 2008, p. 63.

¹¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, Legislação do Trabalho, v. 70, jun. 2006a, p. 663.

¹¹¹ DELGADO, 2006a, p. 663.

A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta *afirmação social* é que desponta o *trabalho*, notadamente o *trabalho regulado*, em sua modalidade mais elaborada, o *emprego*.¹¹² (grifos do autor)

Seguindo os ensinamentos de Dinaura Godinho Gomes, é possível afirmar que o Estado Democrático de Direito não se sustenta sem o respeito concreto à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, sem a concretização dos direitos fundamentais: sejam eles individuais ou coletivos¹¹³.

A dignidade da pessoa humana reclama a garantia da existência de condições mínimas para a existência humana, da liberdade e da autonomia, bem como de todos os direitos fundamentais, enfim, de uma vida com dignidade. Ou seja, deve ser respeitada em todas as duas dimensões.

2.3 A dignidade da pessoa humana como norma fundamental

A Constituição da República de 1988 alçou a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito e criou um título próprio para os princípios fundamentais. Além disso, tratou da dignidade da pessoa humana em diversos dispositivos ao longo do seu texto.

Sarlet afirma que, mediante tais disposições,

[...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece

¹¹² DELGADO, 2006a, p. 663.

¹¹³ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com respeito à dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.15, n.58, jan./mar.2007, p. 20.

haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.¹¹⁴

Considera-se que tal previsão aconteceu tardiamente, entretanto, somente no decorrer do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, com a consagração da dignidade da pessoa humana na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, as constituições democráticas começaram a prever a dignidade da pessoa humana em seu texto.

É possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado ao status de norma fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, com a Carta Magna de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

A respeito da atitude do Constituinte de 1988, Sarlet afirma que:

Inspirando-se - neste particular – especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guiando-a, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III).¹¹⁵

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pela ordem jurídica é extremamente importante, principalmente como norma fundamental, uma vez que contribui para a sua efetiva realização, e impõe determinadas consequências jurídicas.

Sarlet, seguindo a linha de pensamento de Alexy, afirma que o dispositivo não se confunde com a norma que a contém, nem com os direitos outorgados pela norma, uma vez que cada direito fundamental pressupõe uma norma jusfundamental que o reconheça¹¹⁶.

Nesta esteira, com relação à dignidade da pessoa humana, Sarlet propõe que:

[...] verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também

¹¹⁴ SARLET, 2008, p. 65.

¹¹⁵ SARLET, 2008, p. 71.

¹¹⁶ SARLET, 2008, p. 72.

fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direito e garantias, mas também de deveres fundamentais.¹¹⁷

Ainda segundo Sarlet, os direitos fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana e, além disso, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos que, assim, serão normas fundamentais¹¹⁸.

Desde logo, ressalta-se que o ordenamento jurídico não concede a dignidade da pessoa humana, uma vez que a dignidade é inerente ao ser humano, não existe um direito à dignidade. O ordenamento jurídico deve promover e proteger a dignidade da pessoa humana. Assim, é possível falar em direito à existência digna, por exemplo.

A positivação da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, alçou a dignidade da pessoa humana ao status de norma jurídica, carregada de eficácia, e atribuiu-lhe “a condição de valor jurídico fundamental da comunidade”¹¹⁹.

Sarlet, ao referir-se à dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio e valor fundamental, cita Judith Martins-Costa, que propõe que, nesta qualidade, a dignidade constitui “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”¹²⁰. A partir de tal contribuição, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana, para muitos autores, é considerado o princípio de maior hierarquia do ordenamento jurídico.

O doutrinador Ingo Sarlet segue a linha de pensamento de Robert Alexy, trata a dignidade da pessoa humana como princípio e, atribui-lhe valor fundamental, adotando a classificação das normas jurídicas em princípios e regras. A título de esclarecimento acerca da sua posição, afirma que:

É importante que se deixa devidamente consignada a nossa posição em prol do caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana e, portanto, do reconhecimento de sua plena eficácia na nossa ordem constitucional, onde – nunca é demais repisar – foi guindada à

¹¹⁷ SARLET, 2008, p. 72-73.

¹¹⁸ SARLET, 2008, p. 73.

¹¹⁹ BENDA, Ernesto *apud* SARLET, 2008, p. 74.

¹²⁰ MARTINS-COSTA *apud* SARLET, 2008, p. 74.

condição de princípio (e, portanto, sempre valor) fundamental do nosso Estado Democrático de Direito.¹²¹

Sarlet assevera que, ao reconhecer a feição de princípio à dignidade da pessoa humana, o seu papel como valor fundamental de toda a ordem jurídica não é afastado e, além disso, aumenta a sua pretensão de efetividade¹²² e eficácia¹²³. Propõe, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana na sua posição de norma jurídica, não extrapola a sua dimensão principiológica para possuir a feição de regra jurídica, seguindo a linha de Alexy¹²⁴.

Assim, Sarlet considera que a dignidade, como princípio, atua como um mandado de otimização, sendo que a aplicação deverá ser feita na maior medida possível, e à luz do caso concreto; diferentemente das regras que contêm prescrições imperativas. Acerca da estrutura da dignidade, Sarlet manifesta-se:

Ainda no que diz com a dupla estrutura (princípio e regra) da dignidade, verifica-se que, para Alexy, o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quando cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra (à qual, nesta dimensão, se poderá aplicar a lógica do “tudo ou nada”), mas jamais o princípio.¹²⁵

Existem inúmeras críticas ao pensamento de Alexy: Sarlet destaca a crítica feita por Ferreira dos Santos, que propõe que a dignidade da pessoa humana é absoluta, assim, sempre deverá prevalecer sobre os outros princípios em discussão¹²⁶. A doutrina germânica também critica Alexy, propondo que o princípio da dignidade da pessoa humana não é passível de relativização, não admitindo uma ponderação, sob a justificativa de que uma

¹²¹ SARLET, 2008, p. 75.

¹²² Sobre a efetividade da tutela jurisdicional trabalhista, tema que não será aprofundado no presente trabalho, recomenda-se consultar: PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire, et all (Coord.). **DIREITO DO TRABALHO: Crise, Evolução e Perspectivas**. São Paulo: LTR, 2004.

¹²³ SARLET, 2008, p. 75.

¹²⁴ SARLET, 2008, p. 76.

¹²⁵ SARLET, 2008, p. 76.

¹²⁶ SARLET, 2008, p. 76-77.

eventual ponderação irá interferir na definição do próprio conteúdo da dignidade¹²⁷.

A respeito das críticas tecidas, Sarlet sabiamente afasta a possibilidade de reconhecimento de um princípio absoluto, pelo menos pela própria noção de princípios adotada por Alexy e, além disso, propõe que:

[...] resta a evidência, amplamente comprovada na prática, de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diversos graus, isto sem falar na necessidade de se resolver eventuais tensões entre a dignidade de diversas pessoas, ponto sobre o qual voltaremos a nos manifestar, ou mesmo da possível existência de um conflito entre o direito à vida e à dignidade, envolvendo um mesmo sujeito (titular) de direitos.¹²⁸

Alexy, citado por Sarlet, debate o discurso que defende o caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, e propõe que muitas vezes esta linha de pensamento é adotada, pois,

[...] a compreensível impressão de que se cuida de um princípio absoluto reluta tanto do fato de que coexistem, em verdade, duas espécies de normas da dignidade da pessoa (princípio e regra) quanto da circunstância de que existe uma série de condições nas quais o princípio da dignidade da pessoa humana, com elevada margem de certeza, assume precedência em face dos demais princípios.¹²⁹

É importante salientar que, ao defender que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, Alexy não pretende dizer que este poderá ser violado, tal argumento não poderá ser utilizado de forma a justificar ofensas à dignidade¹³⁰. Mesmo prevalecendo sobre os demais princípios do ordenamento constitucional, a dignidade da pessoa humana, em certos casos, será relativizada, de forma a garantir o respeito à própria dignidade.

Alexy, ao utilizar a ponderação na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, considera a existência de um mínimo que deve ser respeitado, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana. Assim, pondera a aplicação da dignidade da pessoa humana com outras três idéias:

¹²⁷ SARLET, 2008, p. 77.

¹²⁸ SARLET, 2008, p. 77.

¹²⁹ ALEXY *apud* SARLET, 2008, p. 77-78.

¹³⁰ SARLET, 2008, p. 78.

separação dos poderes, competência do legislador democrático e direitos de terceiro. O autor conclui que:

[...] estes três pontos restringem o princípio da dignidade mas apenas em determinada medida, restando como conteúdo normativo do princípio, que o autor inclusive considera transformar-se em regra, um mínimo essencial para a existência humana que pode ser exigido diante do Poder Judiciário.¹³¹

Em relação à aplicação da dignidade da pessoa humana na maior medida possível, Ingo Sarlet destaca que deve ser respeitado o princípio da proibição do retrocesso, sobre o qual não se delonga. Entretanto, cabe destacar a contribuição de Sarlet neste sentido:

[...] verifica-se que também no âmbito da indispensável hierarquização (ou ponderação, como prefere boa parte da doutrina) a ser procedida em cada hipótese concreta em que estiver em causa uma medida retrocessiva – já que igualmente na seara da aplicação do princípio da proibição do retrocesso não há como escapar de uma interpretação tópico-sistemática (inexoravelmente hierarquizadora) – importa optar sempre (pois esta será não a única, mas a melhor resposta hermenêutica) pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana.¹³²

Sarlet firma sua posição em relação à condição de princípio da dignidade, considera que tal condição é plenamente capaz de atribuir-lhe uma eficácia plena, além de vincular a dignidade na sua dimensão jurídico-normativa, “seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições subjetivas”¹³³.

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana destacou-se a lição de Paulo Bonavides, citado por Ingo Sarlet:

[...] sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.¹³⁴

¹³¹ BARCELLOS, 2000, p. 178.

¹³² SARLET, 2006, p. 41-42.

¹³³ SARLET, 2008, p. 79.

¹³⁴ BONAVIDES *apud* SARLET, 2008, p. 79.

Em relação ao ordenamento constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana confere-lhe unidade e legitimidade, e constitui, na lição de Haverkate, “ponto de Arquimedes do estado constitucional”¹³⁵.

A Constituição, segundo Sarlet, confere uma unidade de sentido, valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, “que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”¹³⁶.

Para Martínez, mesmo considerando que a dignidade da pessoa humana preexista ao direito, para que a dignidade possa ser tida como legítima, é necessário que ela seja reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico¹³⁷.

Sarlet, embasado na doutrina de Jorge Miranda, afirma que se poderia considerar que os direitos fundamentais encontram na dignidade da pessoa humana seu fundamento direto e imediato, sendo concretizações da dignidade. Por conseguinte, seria possível propor que os direitos fundamentais poderiam ser “reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas”¹³⁸.

A intensidade da vinculação de cada direito fundamental à dignidade da pessoa humana é diferenciada, a respeito do assunto, Vieira de Andrade, citado por Sarlet, afirma que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admite, todavia, que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da idéia de dignidade e outros que destes são decorrentes.¹³⁹ (grifos nossos)

É importante ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma função instrumental integradora e hermenêutica, uma vez que possui a função de servir como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, e não apenas dos direitos

¹³⁵ HAVERKATE *apud* SARLET, 2008, p. 81.

¹³⁶ SARLET, 2008, p. 81.

¹³⁷ MARTÍNEZ *apud* SARLET, 2008, p. 82.

¹³⁸ MIRANDA *apud* SARLET, 2008, p. 82.

¹³⁹ VIEIRA DE ANDRADE *apud* SARLET, 2008, p. 83-84.

fundamentais¹⁴⁰. Cabe à jurisprudência utilizar a função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana em sua plenitude, utilizando-o no embasamento de suas decisões.

Acerca da função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet pontua que existe não apenas um dever de interpretar conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas, principalmente, interpretar de acordo com a dignidade¹⁴¹. Sarlet cita o pensamento de Juarez Freitas que, de acordo com tal dever de interpretação, deve prevalecer “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”¹⁴².

Pode-se afirmar que os princípios possuem uma função interpretativa, também chamada de informativa ou descritiva. Os princípios, segundo Maurício Godinho Delgado, cumprem a sua função mais clássica, que seria auxiliar a interpretação jurídica, seriam instrumentos auxiliares, “à medida que propiciam uma leitura reveladora das direções *essenciais* da ordem jurídica”¹⁴³. (grifo do autor)

Outra função destacada por Maurício Godinho é a função normativa, própria dos princípios essenciais do ordenamento jurídico, que resulta de uma dimensão fundamentadora da ordem jurídica que os princípios possuem¹⁴⁴. Para que exista um reconhecimento de tal função, é necessário que seja considerada a natureza de norma jurídica efetiva dos princípios, natureza esta normativa, ou seja,

[...] na idéia de *norma* (em sentido amplo) estariam abrangidas, pois, as noções de *regras* (ou norma em sentido estrito) e de *princípios* jurídicos (e também a noção de *institutos jurídicos*, acrescentamos nós).¹⁴⁵ (grifos do autor)

A posição que reconhece a natureza normativa dos princípios foi consolidada no final do século XX, um de seus defensores é o alemão Robert Alexy. Maurício Godinho cita a compreensão do autor alemão a respeito do

¹⁴⁰ SARLET, 2008, p. 84.

¹⁴¹ SARLET, 2008, p. 87.

¹⁴² SARLET, 2008, p. 87.

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Proporcionalidade. Porto Alegre: **Síntese Trabalhista**, n.º 186, dez. 2004, p. 9.

¹⁴⁴ DELGADO, 2004, p. 10.

¹⁴⁵ DELGADO, 2004, p. 10.

tema: a “distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”¹⁴⁶.

Em decorrência da função normativa própria, os princípios teriam diversos papéis, em síntese, segundo Maurício Godinho Delgado, “a possibilidade de *extensão* ou *restrição* de certa norma jurídica até o ápice de sua *invalidação*”¹⁴⁷. (grifos do autor)

Como já ressaltado, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada absoluta, uma vez que inexistem princípios absolutos. Neste sentido, também a prevalência dos princípios sobre as regras legais é considerada relativa, até mesmo para garantir a segurança jurídica do ordenamento como um todo¹⁴⁸. Assim, caso ocorra um conflito entre uma regra jurídica e um princípio, não é certo que o princípio, de logo, prevaleça sobre a regra jurídica. Nesta situação, irá prevalecer, segundo Maurício Godinho, um critério matizador flexível, que será regulado pelo peso dos princípios em debate¹⁴⁹.

Ao analisar o critério do peso, surge a questão da importância jurídica, que, de acordo com Maurício Godinho Delgado, combina duas dimensões: importância jurídica em determinada época da história e importância jurídica em certo confronto temático concreto¹⁵⁰. As duas dimensões deverão ser avaliadas em conjunto e à luz do caso concreto, nenhuma dimensão prevalece sobre a outra antes de ser feita a análise concreta.

Outro fator que contribui para a relatividade da prevalência dos princípios é o fato de os mesmos serem comandos instigadores e não taxativos, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”¹⁵¹. Alexy propõe que os princípios deverão ser cumpridos na maior medida possível, dependendo o seu cumprimento das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo a última, os princípios e regras opostos¹⁵².

¹⁴⁶ ALEXY, Robert *apud* DELGADO, 2004, p. 10.

¹⁴⁷ DELGADO, 2004, p. 11.

¹⁴⁸ DELGADO, 2004, p. 11.

¹⁴⁹ DELGADO, 2004, p. 11.

¹⁵⁰ DELGADO, 2004, p. 11.

¹⁵¹ ALEXY, Robert *apud* DELGADO, 2004, p. 13.

¹⁵² ALEXY, Robert *apud* DELGADO, 2004, p. 13.

Além das funções interpretativa, anteriormente explicada, e supletória, Maurício Godinho Delgado ressalta que os princípios possuem uma função normativa concorrente¹⁵³. Esta função é utilizada em concurso com a função interpretativa, por vezes estende o comando da função interpretativa, outras restringe-o, e até mesmo esteriliza-o em algumas situações.

Maurício Godinho sintetiza a atuação das funções interpretativa e normativa da seguinte maneira:

A clássica função interpretativa age, pois, em concurso com a função normativa, ajustando as regras do Direito ao sentido essencial de todo o ordenamento. Por isso pode se falar também em uma função simultaneamente interpretativa/normativa, resultado da associação das duas funções específicas (a descritiva e a normativa), que agem em conjunto, fusionadas, no processo de compreensão e aplicação do Direito.¹⁵⁴

Ana Paula de Barcellos, além de ressaltar a eficácia interpretativa da dignidade da pessoa humana, propõe a existência de uma eficácia negativa, ou seja, todos os atos ou normas que sejam contrários à dignidade da pessoa humana serão considerados, automaticamente, inválidos¹⁵⁵. Além disso, Barcellos aponta a importância da existência de uma eficácia que atenda às situações em que o princípio da dignidade da pessoa humana é violado de forma omissiva¹⁵⁶, questão sobre a qual não se atenta no presente estudo.

Conforme já destacado, existe uma forte vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, uma vez que, sendo negado algum direito fundamental, estará sendo negada a própria dignidade. A noção de dignidade, de certa forma, como propõe Sarlet, repousa na autonomia pessoal, na liberdade que o ser humano possui de, pelo menos potencialmente, ser sujeito de direitos¹⁵⁷.

Nesta linha, Sarlet cita o doutrinador Paulo Mota Pinto, que acentua que:

[...] da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos,

¹⁵³ DELGADO, 2004, p. 13.

¹⁵⁴ DELGADO, 2004, p. 13.

¹⁵⁵ BARCELLOS, 2000, p. 187.

¹⁵⁶ BARCELLOS, 2000, p. 187.

¹⁵⁷ SARLET, 2008, p. 89.

acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.¹⁵⁸ (grifos nossos)

Além das vinculações já especificadas, é importante ressaltar a conexão entre a dignidade e a proteção da identidade pessoal dos indivíduos, que se concretiza na proteção: à intimidade, à honra, à privacidade, ao direito ao nome, à imagem – evidenciando a conexão da dignidade da pessoa humana com os direitos de personalidade¹⁵⁹. Os direitos de personalidade elencados no Código Civil decorrem da proteção à personalidade do ser humano, que decorre, por sua vez, da própria dignidade da pessoa humana.

Consagrando tal concepção, Sarlet acentua que o Tribunal Constitucional da Espanha afirmou que:

[...] o direito à intimidade, como derivação da dignidade da pessoa, implica a existência de um âmbito próprio e reservado em face de atenção e conhecimento dos demais, indispensável à manutenção de uma qualidade mínima de vida humana.¹⁶⁰

Ainda na seara dos direitos fundamentais, cabe ressaltar que o direito a um trabalho em condições dignas é de extrema importância. Ademais, o reconhecimento dos direitos de liberdade e igualdade aos trabalhadores é fundamental para outorgar-lhes uma certa autonomia pessoal, não só em face do Estado, mas também, dos “poderes sociais”¹⁶¹.

Sarlet aponta, como aspecto importante do princípio da dignidade da pessoa humana, a sua “função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional”¹⁶². Assim, existem direitos fundamentais assegurados ao longo do texto constitucional, além daqueles positivados em tratados internacionais.

¹⁵⁸ MOTA PINTO, Paulo *apud* SARLET, 2008, p. 89-90.

¹⁵⁹ SARLET, 2008, p. 90.

¹⁶⁰ SARLET, 2008, p. 91.

¹⁶¹ SARLET, 2008, p. 95.

¹⁶² SARLET, 2008, p. 102.

2.4 A incidência da dignidade da pessoa humana nas relações particulares

A dignidade da pessoa humana possui uma dimensão negativa e uma dimensão positiva, como já demonstrado. A negativa é no sentido de impedir uma violação à dignidade, impondo limites à atuação estatal; já a positiva propõe que o Estado deverá promover a dignidade da pessoa humana, proporcionando uma vida digna aos cidadãos.

Sarlet ressalta a lição do autor Pérez Luño, segundo o qual,

[...] a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.¹⁶³

O Estado, além de ter os deveres de não interferir na esfera individual e de promover a dignidade positivamente, deve proteger a dignidade da pessoa humana contra ofensas de terceiros, inclusive particulares. Assim, caso um terceiro ofenda a dignidade de algum indivíduo, o Estado deverá adotar certas medidas de forma a fazer cessar tal ofensa e, além disso, impor o dever de reparação do dano eventualmente praticado.

Percebe-se, então, que o dever de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana também está presente nas relações entre os particulares, é necessário que os direitos fundamentais conservem sua eficácia em tais relações.

Ademais, com a crescente globalização econômica, o aumento da exclusão, e o crescente número de grandes empresas nacionais e transnacionais, o Estado não é mais o único potencial agressor dos direitos fundamentais: entram em cena os particulares. A respeito do assunto, Sarlet salienta que o Estado não só nunca foi o agressor de tais direitos, como cada vez menos o é, principalmente em face dos poderes sociais, da crescente opressão socioeconômica¹⁶⁴.

¹⁶³ PÉREZ LUÑO *apud* SARLET, 2008, p. 115.

¹⁶⁴ SARLET, 2008, p. 116.

Cada vez mais a situação de igualdade entre os particulares torna-se desigual, portanto, é importante ressaltar que os direitos fundamentais vinculam os particulares¹⁶⁵, e que tais direitos possuem a característica da irrenunciabilidade. Entretanto, cabe destacar que, em determinadas situações, os direitos fundamentais podem sofrer certas limitações, uma vez que não existem direitos absolutos¹⁶⁶.

Nas relações de emprego, a desigualdade entre as partes é evidente, existe uma imensa vulnerabilidade no exercício da autonomia da vontade pelos empregados, a imensa maioria dos contratos pode ser considerada contrato de adesão. Mais uma vez, convém frisar a importância da observância dos direitos fundamentais em tais relações, principalmente dos direitos de personalidade, sob pena de ofender o princípio de maior hierarquia do ordenamento constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Como salientou-se, em determinadas situações poderá ocorrer uma relativização dos direitos fundamentais, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade. Quando se depara com um conflito entre direitos constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por “justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental”¹⁶⁷.

Passa-se a tratar da questão das limitações dos direitos fundamentais. Sarlet propõe que a dignidade da pessoa humana deve ser utilizada como limite à restrição dos direitos fundamentais, e ressalta que a doutrina germânica denominou limites dos limites aquelas:

[...] determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.¹⁶⁸

A limitação eventualmente imposta a determinado direito fundamental não poderá atingir o núcleo essencial da pessoa humana, deve-se observar o

¹⁶⁵ Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que será analisada no Capítulo 4.

¹⁶⁶ SARLET, 2008, p. 123.

¹⁶⁷ SARLET, 2008, p. 119.

¹⁶⁸ SARLET, 2008, p. 123.

princípio da proporcionalidade no caso concreto. Caso a limitação do direito fundamental atinja o núcleo essencial da pessoa, ela será considerada desproporcional¹⁶⁹. Ademais, Sarlet ressalta que, para alguns autores, o núcleo dos direitos fundamentais é constituído pela dignidade da pessoa humana, razão pela qual este conteúdo está imune a violações¹⁷⁰.

É importante destacar que a própria dignidade da pessoa humana, quando confrontada com a dignidade humana de terceiros, será passível de relativização. Quando o confronto se der em relação a outros direitos fundamentais, Sarlet pontua que a dignidade da pessoa humana irá prevalecer, até mesmo em decorrência de uma hierarquização axiológica¹⁷¹.

A respeito do confronto entre as dignidades de dois indivíduos ou mais, por exemplo, Sarlet propõe a utilização de um juízo de ponderação e afirma que:

[...] não haverá como evitar a formulação de um juízo de valor (e, portanto, num certo sentido, uma ponderação) a respeito da existência, ou não, de uma violação da dignidade, por mais que se venham a fixar diretrizes para tal tarefa, visto que também critérios abstrata e previamente estabelecidos sempre serão o resultado de uma avaliação subjetiva e, neste sentido, de uma opção axiológica (hierarquização).¹⁷²

Apesar de haver correntes contrárias¹⁷³, muitos autores defendem a relativização da dignidade da pessoa humana, Sarlet cita o alemão Winfried Brugger, que defende essa relativização e sustenta que:

[...] no embate entre dignidade e dignidade, a tese de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana constitui direito fundamental de feições absolutas (no sentido de absolutamente infenso a qualquer relativização), além de revelar-se como sendo de difícil compatibilização com o caráter não-absoluto de todos os demais direitos fundamentais (e com os quais a dignidade encontra-se umbilicalmente ligada), já que mesmo os direitos não-sujeitos à reserva legal encontram-se expostos aos assim denominados limites implícitos (aqui considerados como restrições não expressamente autorizadas pela Constituição e impostas pela necessidade de compatibilização com outros direitos fundamentais ou bens

¹⁶⁹ SARLET, 2008, p. 124.

¹⁷⁰ SARLET, 2008, p. 124.

¹⁷¹ SARLET, 2008, p. 135.

¹⁷² SARLET, 2008, p. 136.

¹⁷³ Contrariamente à relativização da dignidade, Sarlet cita o autor Castanheira Neves, SARLET, 2008, p. 139.

constitucionalmente assegurados pela Constituição), acabaria por esvaziar a proteção que se pretendeu imprimir à própria dignidade.¹⁷⁴

Ingo Sarlet acredita ser a melhor doutrina, aquela que defende uma possível relativização da dignidade da pessoa humana em determinadas situações, sendo certo que o núcleo essencial da dignidade nunca poderá ser violado¹⁷⁵. Nesta linha de pensamento, afirma que:

[...] será possível reconhecer também que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este (na hipótese de uma necessária harmonização da dignidade de diversas pessoas), por via de consequência, será intangível.¹⁷⁶

Acerca do núcleo essencial da pessoa, Sarlet conclui que “não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade”¹⁷⁷, e afirma que este núcleo seria atingido caso o homem fosse instrumentalizado e tratado como um mero objeto, e não como um fim em si mesmo¹⁷⁸, como já exaustivamente afirmado no presente trabalho.

No próximo capítulo, será abordado de forma mais profunda a inserção dos direitos fundamentais às relações particulares. Passa-se, então, a tratar da dignidade da pessoa humana inserida nos âmbitos constitucional e justicialista.

2.5 Âmbito constitucional e âmbito justicialista

O direito constitucional contemporâneo tem como um de seus principais pilares a vinculação existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais¹⁷⁹. A previsão no texto constitucional da dignidade da pessoa humana é de extrema importância.

¹⁷⁴ BRUGGER, Winfried *apud* SARLET, 2008, p. 137.

¹⁷⁵ SARLET, 2008, p. 140.

¹⁷⁶ SARLET, 2008, p. 140.

¹⁷⁷ SARLET, 2008, p. 142.

¹⁷⁸ Concepção kantiana à qual já nos referimos anteriormente.

¹⁷⁹ SARLET, 2008, p. 26.

Tal previsão não garante a devida proteção à dignidade, porém assegura uma perspectiva concreta de respeito a tal máxima que, presume-se, será efetivada através da ação dos órgãos jurisdicionais.

Acerca do tratamento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, Konrad Hesse, citado por Rosângelo Miranda, assinala bem que:

Para os direitos fundamentais poderem desempenhar a sua função na realidade social eles necessitam não apenas de uma normatização intrinsecamente densificadora, mas também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Por sua vez, os direitos fundamentais influem no direito de organização e no direito de procedimento. Esta influência verifica-se não apenas nos direitos especificamente procedimentais, mas também nos direitos materiais.¹⁸⁰

Com o advento das Constituições democráticas, do Estado Democrático de Direito, o Direito passa a exercer o papel de transformador da sociedade, regulado por princípios e regras que devem estimular e limitar a tarefa do Estado, concretizando, assim, a dignidade da pessoa humana. Lenio Streck propõe que o Estado disponibiliza aos juristas mecanismos que são compatíveis com o atendimento da dignidade da pessoa humana e, além disso,

Ressalta que as inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo ensejam a atuação do Judiciário, no sentido de suprir tais omissões, *justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.*¹⁸¹ (grifos do autor)

Helder Matinez Dal Col identifica uma forma de proteção aos preceitos fundamentais na Constituição de 1988: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). O autor afirma que:

Ao examinar o texto da Constituição cidadã de 1988, identificamos com clareza no art. 1º, III, a estipulação da dignidade da pessoa humana como um preceito fundamental, que deve contar com toda a proteção assegurada pela própria Constituição, que permite sejam coibidas todas as ações que resultem em seu descumprimento. Para tanto, o constituinte previu, no art. 102, §1, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ampliando as opções de exercício do controle da constitucionalidade, ao lado das já

¹⁸⁰ HESSE, Konrad apud MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: LED Editora da Direito Ltda, 1996, p. 153.

¹⁸¹ STRECK, Lenio apud GOMES, 2003, p. 100.

tradicionais medidas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais.¹⁸² (grifos nossos)

No ordenamento constitucional, o capítulo que trata dos direitos fundamentais foi disposto antes do capítulo que trata da organização do estado, decisão esta tomada pelo constituinte. Assim, toda e qualquer ação do Estado deve ser pautada no fundamento de que o homem é um fim em si mesmo, e que o fim buscado é a dignidade da pessoa humana¹⁸³.

Dessa forma, o ordenamento jurídico constitucional deve garantir a proteção do homem, devendo ser interpretado em favor dele. A respeito do assunto, Heitor Martinez Dal Col destaca a lição de Carlyle Popp, que assinala ser necessário:

[...] reinterpretar o sistema constitucional em favor do homem, que passa a ser o maior beneficiado com tal reanálise, posto que é o protagonista de toda a vivência social, voltando a ser o centro de todas as atenções, corolário de 'uma clara interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana e da sua aplicação às demais searas do direito civil'.¹⁸⁴

A dignidade da pessoa humana tem papel de destaque no ordenamento jurídico constitucional, como já debatido. Em relação aos direitos fundamentais, pode-se dizer que a própria concretização da dignidade da pessoa humana reside na concretização desses direitos. A respeito do tema, Emílio Teófilo Furtado ressalta que:

[...] o comentado princípio da dignidade da pessoa humana tem relevante papel na estrutura constitucional como fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando unidade e coerência ao conjunto dos mencionados direitos fundamentais.¹⁸⁵ (grifos nossos)

O ramo justrabalhista possui princípios que são especiais deste ramo, são os princípios do direito trabalhista. Além destes princípios, alguns princípios gerais também incidem no ramo do direito do trabalho. Um dos

¹⁸² DAL COL, 2003, p. 234-235.

¹⁸³ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, v. 32, n. 121, jan./mar 2006, p. 34.

¹⁸⁴ POPP, Carlyle *apud* DAL COL, 2003, p. 235.

¹⁸⁵ FURTADO, 2006, p. 32.

princípios gerais que se destaca pela sua importância na área trabalhista é o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada ao trabalho e, por consequência, ao ramo justralhista. Como bem ressalta Heitor Martinez: “o trabalho, indiscutivelmente, figura como um dos componentes da condição de dignidade da pessoa humana”¹⁸⁶.

Maurício Godinho Delgado destaca que no ordenamento jurídico brasileiro existem quatro princípios constitucionais afirmativos do trabalho. Tais princípios são: o da valorização do trabalho – em especial do emprego; o da justiça social; da submissão da propriedade à sua função socioambiental; e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸⁷. Obviamente, tais princípios não se aplicam somente às relações laborais, mas também às demais searas do direito, além das sociais, econômicas e culturais¹⁸⁸.

Delgado, em relação à importância atribuída ao trabalho pela Constituição da República de 1988, assinala bem que:

Sabidamente, detectou a Constituição que o trabalho, em especial o regulado, assecutorio de certo patamar de garantias ao obreiro, é o mais importante veículo (senão o único) de afirmação comunitária da grande maioria dos seres humanos que compõem a atual sociedade capitalista, sendo, desse modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da Democracia na vida social.¹⁸⁹

A respeito da aplicação da dignidade da pessoa humana às relações obreiras, destaca-se a contribuição de Emmanuel Teófilo Furtado:

[...] com o seu trabalho, o obreiro se dignifica, sendo de sua dignidade de pessoa humana que advêm seus direitos trabalhistas, inexistindo, pois, qualquer gesto de favor de seu patrão, mas sim a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana do laborista.¹⁹⁰ (grifos nossos)

É natural que o princípio da dignidade da pessoa humana esteja intrinsecamente ligado às relações de emprego, afinal, o trabalho dignifica o

¹⁸⁶ DAL COL, 2003, p. 236.

¹⁸⁷ DELGADO, 2006, p. 658.

¹⁸⁸ DELGADO, 2006, p. 658.

¹⁸⁹ DELGADO, 2006, p. 658.

¹⁹⁰ FURTADO, 2006, p. 29.

homem. Ademais, o emprego é a forma de contratação trabalhista que assegura o mais elevado padrão de dignidade e o mais elevado padrão de afirmação do valor-trabalho, segundo Maurício Delgado¹⁹¹.

Pode-se afirmar que, o rol de direitos trabalhistas elencados no artigo 7º, da Carta Magna, está ali incluído principalmente pelo fato de que o ordenamento constitucional alçou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa Brasileira¹⁹².

Outros princípios gerais, quando aplicados ao ramo juslaboral, deverão sofrer uma adequação, entretanto, a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do ordenamento jurídico, é aplicada em sua integralidade, sem restrições. Acerca deste processo de adequação, Maurício Godinho Delgado ressalta que:

Este processo de adequação não é, contudo, unilateral, apenas restringindo os princípios jurídicos gerais. Há situações em que os princípios trabalhistas especiais recuam em face do maior peso assumido por alguns dos princípios gerais do direito aplicáveis ao ramo juslaborativo.¹⁹³

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, devido à sua hierarquia no ordenamento constitucional como um todo, e sendo considerado o seu núcleo basilar, deverá ser aplicado em sua plenitude. Maurício Delgado propõe que, a dignidade da pessoa humana não se aplica isoladamente ao ramo justabalhista, sendo que os princípios da não-discriminação, da justiça social e da equidade o acompanham¹⁹⁴.

Delgado explica a vinculação destes princípios da seguinte forma:

A vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana aos três outros citados resulta da concepção não estritamente individualista desse princípio basilar geral. Ou seja, a idéia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente.¹⁹⁵

¹⁹¹ DELGADO, 2006a, p. 663.

¹⁹² FURTADO, 2006, p. 30.

¹⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho – Diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. São Paulo: **Revista de Direito dos Tribunais**, 2001, p. 88-89.

¹⁹⁴ DELGADO, 2001, p. 89.

¹⁹⁵ DELGADO, 2001, p. 89.

Entretanto, no presente trabalho, não se prolongará sobre a projeção social da dignidade da pessoa humana, mas sim, principalmente, em sua concepção individual, na intangibilidade de valores básicos: intimidade e privacidade.

3 – DIREITOS DE PERSONALIDADE (PRIVACIDADE E INTIMIDADE) NA SEARA LABORAL

3.1 Direitos de personalidade – traços evolutivos

Para viver em sociedade é necessário que exista uma garantia a todos os indivíduos de certas qualidades, que são inerentes à própria personalidade dos seres humanos. Sem tais características, os indivíduos não passariam de meros atores sociais, submetidos às forças econômicas e políticas da sociedade de forma ilimitada.

Os direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana, são ligados à pessoa de forma permanente, não sendo possível conceber a idéia de um indivíduo desprovido do direito à vida, à liberdade física e intelectual, do direito ao nome, ao corpo, e àquilo que ele crê ser sua honra. São direitos que compreendem um núcleo mínimo, que é, justamente, assegurado da dignidade da pessoa humana.

O tratamento dos direitos de personalidade como direitos subjetivos é, de certa forma, recente. Entretanto, os direitos de personalidade já eram protegidos no direito romano através da “*actio in injuriarum*”¹⁹⁶, que punia aqueles que praticassem ofensas físicas e morais.

No período medieval, como destaca Sérgio Silva Muritiba, existia certa tendência em considerar o homem como fim do direito¹⁹⁷, de certa forma seguindo a idéia propalada por Kant.

Sérgio Muritiba ressalta três elementos históricos que contribuíram de forma decisiva para o desenvolvimento dos direitos de personalidade¹⁹⁸. O primeiro é o advento do Cristianismo, que ressaltou a dignidade do homem, enquanto filho de Deus, qualquer que fosse sua condição econômica, social ou

¹⁹⁶ MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos de personalidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 30, n. 122, abril 2005, p. 23.

¹⁹⁷ MURITIBA, 2005, p. 24.

¹⁹⁸ MURITIBA, 2005, p. 24.

política, evidenciando a valorização do homem de forma individual. O segundo é a Escola de Direito Natural, que foi responsável pela gênese das teorias dos direitos inerentes ao ser humano. Por fim, a filosofia iluminista, que passa a valorizar o indivíduo em face do Estado e, a partir daí, desenvolve-se a teoria dos direitos subjetivos, consagrando a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana.

A doutrina francesa colocava os direitos de personalidade nas liberdades públicas negativas, afirmava que o Estado deveria abster-se da prática de determinadas condutas, já que à época, o Estado interferia na vida das pessoas. As Revoluções Burguesas asseguravam a essencialidade e a inalienabilidade dos direitos de personalidade, a Declaração de Independência da Virgínia, de 1776¹⁹⁹, já abordava esses aspectos.

As revoluções do século XVIII pretendiam garantir certos direitos individuais, protegendo-os das arbitrariedades do Estado, então absolutista, que visava impedir que a burguesia chegasse ao poder. Havia discussões acerca da liberdade religiosa, liberdade de associação e da liberdade de reunião.

Apenas em tempos modernos houve a reprodução de textos legais que tratassem dos direitos de personalidade: Declaração de Direitos do Homem em 1789, Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, Convenção Européia de 1950 e Pacto das Nações Unidas²⁰⁰.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XII, preconiza que:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.²⁰¹

¹⁹⁹ MURITIBA, 2005, p. 24.

²⁰⁰ MURITIBA, 2005, p. 24.

²⁰¹ MURITIBA, 2005, p. 25.

O mesmo diploma, no artigo 22, assegura o livre desenvolvimento da personalidade²⁰². Lucas Lixinski afirma que tal previsão foi incentivada, de certa forma, com o intuito de garantir os direitos sociais, uma vez que:

As propostas para inserção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade foram via de regra defendidas por delegados de países de orientações política socialista, numa tentativa de dar maior evidência e força aos direitos sociais, econômicos e culturais, à época uma nova construção, mesmo de certa forma resumindo-os em uma única expressão.²⁰³

O artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos determina a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade da seguinte forma:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.²⁰⁴ (grifos nossos)

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, previu expressamente um direito geral de personalidade, determinando que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”²⁰⁵. Em seu artigo 10 foi incluída a proteção ao sigilo postal²⁰⁶.

Assim, na Alemanha ocorreu uma ampla proteção à personalidade, através de uma cláusula geral, o que, para alguns autores²⁰⁷, significou uma evolução da personalidade frente aos avanços tecnológicos.

A Constituição Espanhola de 1978 também positivou uma proteção expressa aos direitos de personalidade em seu artigo 10, I, prevendo que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis a ela inerentes, o livre

²⁰² LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v. 7, n. 27, jul. 2006, p. 205.

²⁰³ LIXINSKI, 2006, p. 205.

²⁰⁴ GOMES, 2003, p. 99.

²⁰⁵ LIXINSKI, 2006, p. 214.

²⁰⁶ GIANNOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 25.

²⁰⁷ Principalmente para Karl Larenz que já visualizava esta possibilidade. LARENZ, Karl *apud* Lixinski, 2006, p. 214.

desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros, constituem o fundamento da ordem política e da paz social”²⁰⁸.

Da mesma forma, a Constituição da República de Portugal prevê um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, e, na mesma linha, o Código Civil Português prevê, em seu artigo 70, I, uma tutela geral da personalidade²⁰⁹.

Nos diplomas citados, os direitos de personalidade são positivados como *numerus apertus*, o que propicia uma possibilidade de evolução dos direitos de personalidade, principalmente frente aos avanços tecnológicos que vêm sendo inseridos na sociedade. Lixinski assinala que a idéia de *numerus clausus* é inconsistente com os direitos de personalidade, uma vez que tais direitos estão em constante processo de evolução²¹⁰, e a proteção a tais direitos não pode falhar. Dessa forma, para Lixinski, o Código Civil de 2002 deveria ter um direito geral de personalidade, o que não se pode afirmar que acontece, uma vez que os artigos 11 a 20 não possuem uma disposição geral.

O Código Civil italiano de 1942 trouxe uma importante evolução ao dispor sobre os direitos de personalidade. Na previsão feita foram incluídos o direito ao corpo, à imagem, ao nome, ao sobrenome e ao pseudônimo. O Código Civil português de 1967 e o nosso Código Civil de 2002 acompanharam o diploma italiano.

Já na América Latina²¹¹, o primeiro diploma a tratar do tema foi o Código Civil peruano de 1936. No Brasil, a 3ª Consolidação das Leis Civas, de autoria de Teixeira de Freitas, de 1855, foi o primeiro diploma a tratar de tais direitos, entretanto, tal diploma não foi efetivado juridicamente. O Código Civil Brasileiro de 1916 foi omissivo em relação ao tema.

Somente no decorrer do século XX há um desenvolvimento da dogmática dos direitos de personalidade. A doutrinadora Maria Helena Diniz, citada por Sérgio Muritiba, assevera que, a partir daí, reconhece-se nos direitos de personalidade uma dupla dimensão:

²⁰⁸ RODRIGUES, Sílvio *apud* LIXINSKI, 2006, p. 214.

²⁰⁹ LIXINSKI, 2006, p. 215.

²¹⁰ LIXINSKI, 2006, p. 211.

²¹¹ MURITIBA, 2005, p. 24.

A axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-lo contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves, que possam advir com o processo tecnológico, por exemplo, conciliando a liberdade individual com a social.²¹²

Em todas as Constituições brasileiras os direitos de personalidade eram tratados de forma genérica, protegendo-se o direito à vida, já a Constituição da República de 1988 tratou dos direitos de personalidade de forma específica e explícita. Os direitos de personalidade estão enclacados no art. 5º, inciso X, da Constituição de 1988.

Mesmo antes da tutela da Carta Magna de 1988, os direitos de personalidade eram protegidos, mesmo que de forma insuficiente, pelo Código Penal, que já possuía dispositivos protegendo a vida, a liberdade individual, a intimidade, dentre outros²¹³.

Os projetos de Código Civil traziam disposições acerca dos direitos de personalidade de maneira genérica, como salienta Lucas Lixinski,

O primeiro projeto, datado de 1963, e de autoria de Orlando Gomes, trazia um grande número de disposições, dos arts. 29-44, baseado no anteprojeto francês, e compreendendo diferentemente do atual Código, perícia médica, direito moral de autor, e ampla proteção ao nome.

O segundo projeto, cuja elaboração, no tocante à Parte Geral, coube ao Min. José Moreira Alves, sob coordenação de Miguel Reale, trouxe um número menor de disposições acerca da matéria, visando tornar-se um eixo central do direito privado, ao invés de procurar prever todas as situações, e ainda evitando prudentemente conceituar os direitos de personalidade.²¹⁴

Houve uma transição de valores no Código Civil de 2002, a proteção do patrimônio cedeu lugar para a proteção do homem, consubstanciada na consagração da dignidade da pessoa humana. A respeito desta transição, Lucas Lixinski assinala que:

A expansão da sociedade, a massificação das relações, e, em particular, a percepção de que a maioria dos homens não é proprietário levaram a uma mudança de foco, vindo a descobrir-se a

²¹² DINIZ, Maria Helena *apud* MURITIBA, 2005, p. 25.

²¹³ LIXINSKI, 2006, p. 216.

²¹⁴ LIXINSKI, 2006, p. 212-213.

personalidade humana como aspecto inerente à natureza do homem. E essa mudança de foco repercutiu no direito privado, que iniciou um processo de “despatrimonialização” e personalização do direito civil.²¹⁵

O novo Código Civil (NCC) passou a tutelar a dignidade da pessoa humana, modernizando-se, como ressalta Maria Inês Cunha, “o fio condutor do NCC é a dignidade da pessoa humana. O diploma se atualiza pela inclusão de princípios que conduzem à substituição do individualismo burguês pela preocupação social”²¹⁶. A pessoa, como afirma Oliveira Ascensão, é simultaneamente: o fim do direito; o fundamento da personalidade jurídica; e o sujeito das situações jurídicas²¹⁷; daí a importância da sistematização dos direitos de personalidade no novo diploma.

Alice Monteiro de Barros afirma que tanto a doutrina como a jurisprudência alemã preconizam que existe um direito de personalidade único, não existiriam vários direitos de personalidade²¹⁸. Por outro lado, na Itália é adotada uma concepção pluralista dos direitos de personalidade, justificada pelo fato de que existem inúmeros bens personalíssimos tutelados, cada um deles com a sua particularidade, o que inviabilizaria a adoção de uma teoria unitária dos direitos de personalidade²¹⁹.

Barros salienta que a doutrina nacional, *in casu*, Rubens Limongi França, classifica os direitos de personalidade da seguinte forma:

[...] como direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver, etc); direito à integridade física intelectual (direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção) e direito à integridade moral, incluído neste último o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa.²²⁰ (grifos nossos)

Na mesma linha, Edoardo Giannotti sustenta que os direitos de personalidade possuem natureza tríplice: física, intelectual e moral da pessoa

²¹⁵ LIXINSKI, 2006, p. 202.

²¹⁶ CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. Os direitos de personalidade e o contrato individual de trabalho. São Paulo: **Synthesis**, n. 40, jan./jul. 2005, p. 114.

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista Forense** 94, n. 342, abr./jun. 1998, p. 121.

²¹⁸ BARROS, 1997, p. 26.

²¹⁹ BARROS, 1997, p. 26.

²²⁰ BARROS, 1997, p. 26.

humana²²¹. Neste caso, o direito à intimidade estaria vinculado aos direitos de personalidade de natureza moral, como será abordado.

A respeito da necessidade de proteção aos direitos de personalidade, como consequente respeito à própria dignidade da pessoa humana, Edilson Nobre Júnior ressalta que:

Necessário, assim, ter em conta que a observância das conseqüências jurídicas decorrentes dos direitos de personalidade é imprescindível ao respeito da dignidade do ser humano, porquanto a sua idealização, com ênfase para a jurisprudência alemã, formada depois da segunda conflagração mundial, teve em mira evitar que o indivíduo fosse submetido a qualquer sorte de menosprezo, quer pelo Estado, ou pelos demais indivíduos.²²²

A sistematização dos direitos de personalidade é expressa no Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21), no qual os valores que devem ser seguidos são os da eticidade e da socialidade, consagrando a dignidade da pessoa humana como fonte dos valores, e adequando-se, assim, à Constituição da República de 1988.

O novo Código Civil trouxe diversos artigos que versam sobre os direitos fundamentais, evidenciando a importância de tais direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, ao criar um capítulo específico para os direitos de personalidade, seguiu a linha do Código Civil Italiano e do Código Civil Português de 1966²²³.

Muritiba cita a posição de Pablo Gagliano e Pamplona Filho, autores que enaltecem a positivação legal dos direitos de personalidade, afirmando que:

[...] a previsão legal dos direitos de personalidade dignifica o homem. (...) Através deles, o seu sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.²²⁴

²²¹ GIANNOTTI, 1987, p. 57.

²²² NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 247.

²²³ ASCENÇÃO, 1998, p. 124.

²²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo *apud* MURITIBA, 2005, p. 27.

Os autores citados conceituam os direitos de personalidade como aqueles que têm por objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais²²⁵.

Muritiba também cita o conceito dado por Maria Helena Diniz aos direitos de personalidade: “os direitos de personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta”²²⁶.

Os direitos de personalidade são intrinsecamente ligados à pessoa humana, neste sentido, Edoardo Giannotti cita a lição de Simón Carrejo, qual seja:

Simón Carrejo destaca a profunda ligação dos direitos da personalidade e a pessoa humana, pois se destinam à preservação de seus mais íntimos e imprescindíveis interesses. Afirma que os direitos da personalidade são os direitos subjetivos de caráter privado e não patrimonial, primordiais e absolutos, através dos quais o ordenamento reconhece e tutela os interesses básicos e inerentes à pessoa em si mesma considerada.²²⁷

Na mesma linha, Silvio Rodrigues afirma que os direitos de personalidade são:

[...] inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crer ser sua honra.²²⁸

Márcia Nicolodi posiciona-se de maneira completa e sucinta acerca dos direitos de personalidade, ao propor que:

[...] os direitos de personalidade são direitos subjetivos, que têm por objeto os elementos que constituem a personalidade do seu titular, considerada em seus aspectos físico, moral e intelectual. São direitos inatos e permanentes, nascem com a pessoa e a acompanham durante toda sua existência, tendo como finalidade primordial à proteção das qualidades e dos atributos essenciais da pessoa

²²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo *apud* MURITIBA, 2005, p. 27.

²²⁶ DINIZ, Maria Helena *apud* MURITIBA, 2005, p. 27.

²²⁷ CARREJO, SIMÓN *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 38.

²²⁸ RODRIGUES, Silvio *apud* MURITIBA, 2005, p. 27-28.

humana, de forma a salvaguardar sua dignidade e a impedir apropriações e agressões de particulares e mesmo do poder público.²²⁹

Portanto, é possível afirmar que os direitos de personalidade são inatos, por nascerem com o sujeito; vitalícios, pois inseparáveis do sujeito, só se extinguem com a morte; e essenciais, pois não são eventuais.

Como se percebe, os direitos de personalidade estão fora da órbita patrimonial e muitos autores asseguram que tais direitos são absolutos, inalienáveis, intransmissíveis, indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis, e não susceptíveis a execução forçada.

Entretanto, acredita-se que os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim relativos, uma vez que diante de certas limitações fáticas e jurídicas impostas por outros direitos fundamentais, o direito fundamental em debate poderá ser relativizado naquele caso específico.

Santos Cifuentes, em citação feita por Rosângelo Miranda, afirma que os direitos de personalidade são relativamente indisponíveis e por se “identificarem com os bens mais elevados da pessoa, se situam, quanto a ela, em um nexos que pode dizer-se de natureza orgânica”²³⁰.

É importante ressaltar que o Código Civil (artigos 13, 14 e 18) acolheu a possibilidade de renúncia temporária aos direitos de personalidade, ou a sua transmissão por meio de negócios jurídicos, desde que não seja retirada a dignidade e autonomia do sujeito e que o mesmo não seja tratado como mero objeto de uma relação jurídica. Na verdade, o chamado “consentimento” não constitui uma renúncia em si, uma vez que não produz a extinção do direito, e possui um destinatário que se beneficia dos seus efeitos.

Goffredo Telles Jr., citado por Octavio Bueno Magano, afirma que “a personalidade é o conjunto dos caracteres próprios do indivíduo que é uma pessoa”²³¹. O mesmo autor cita Maria Helena Diniz que enumera alguns artigos do Código Civil de 2002 como figurações concretas do respeito à dignidade, e assim relaciona-os: arts. 948 e 951 com direito à vida, arts. 949 e

²²⁹ NICOLODI, Márcia *apud* MURITIBA, 2005, p. 28.

²³⁰ CIFUENTES, Santos *apud* MIRANDA, 1996, p. 62.

²³¹ TELLES JUNIOR, Goffredo *apud* MAGANO, Octavio Bueno. Dos direitos da personalidade e o direito do trabalho. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, v.29, n.111, jul./set. 2003, p. 154.

950 com a integridade física e psíquica, o 953 com a honra, e o artigo 954 com a liberdade pessoal²³².

José de Oliveira Ascensão distingue os direitos de personalidade em três núcleos, e propõe que aquilo que escapa a esses núcleos não pode ser considerado um direito de personalidade, são eles:

1. os direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade; Asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física.
2. os direitos à individualidade;
São direitos pelos quais o homem se demarca socialmente. Mas compreende-se também a esfera tão importante da privacidade, dando ao homem as condições para realização do seu projeto pessoal.
3. os direitos ao desenvolvimento da personalidade.
Compreendem-se aqui genericamente as liberdades. O acento é agora dinâmico: a personalidade é também um projeto, que o homem deve realizar em comunhão, mas também em autonomia.²³³ (grifos nossos)

Carlos Alberto Bittar, citado por Sérgio Muritiba, propõe que os bens jurídicos que são objetos dos direitos de personalidade são de várias ordens e os divide em três dimensões²³⁴. A primeira diz respeito aos bens físicos que são: a vida, o corpo, a voz, a locomoção; em segunda dimensão estão os bens psíquicos, sendo eles: a liberdade de expressão, a intimidade, os segredos pessoais e profissionais; por fim encontram-se os bens morais: o nome, a reputação, a dignidade pessoal, as lembranças de família, dentre outros.

Uma distinção deve ser feita: os direitos de personalidade não se confundem com os direitos pessoais²³⁵. Os direitos de família, por exemplo, estão no âmbito dos direitos pessoais e não dos direitos de personalidade. Outro exemplo claro é o da regra do §2º, do art. 230 da CR/88 que garante aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, trata-se de um direito pessoal.

A Constituição da República de 1988 elevou os direitos de personalidade à categoria de direitos fundamentais, e desde então, a tutela a esses direitos

²³² DINIZ, Maria Helena *apud* MAGANO, 2003, p. 154.

²³³ ASCENSÃO, 1998, p. 128.

²³⁴ BITTAR, Carlos Alberto *apud* MURITIBA, 2005, p. 28-29.

²³⁵ MAGANO, 2003, p. 155.

tenta responder ao processo evolutivo cultural da indissociabilidade do homem dos direitos de personalidade.

Propõe José Antônio Peres Gediél que essa fundamentalidade dos direitos de personalidade não advém apenas da Carta Magna de 1988, mas advém, principalmente, da indissociabilidade existente entre os bens tutelados e o sujeito, que é titular ou ocupante de certa posição jurídica²³⁶. Essa característica tem contribuído para a afirmação acerca da irrenunciabilidade desses direitos: um exemplo é o art. 11 do Código Civil.

Os direitos de personalidade são considerados: extrapatrimoniais, não possuem valor econômico, entretanto, a sua violação poderá resultar em ressarcimento pecuniário; inalienáveis; intransmissíveis e irrenunciáveis, ou seja, a vontade do titular não legitima uma ofensa a algum direito de personalidade; e imprescritíveis, o decurso do tempo não acarreta a sua extinção. Edilson Pereira Nobre Junior afirma que tais direitos são absolutos²³⁷, data vênia, discorda-se de tal posição. Como já destacado, nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado absoluto, e sim relativo.

J. Oliveira e Ascensão, citado por Magano, propõe que seja feita uma distinção entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais e afirma que:

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem um absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana. O acento dos direitos fundamentais é diferente. Não só não exclusivamente às pessoas físicas como a sua preocupação básica é a da estruturação constitucional. Demarcam muito em particular a situação dos cidadãos perante o Estado. É assim a categoria *cidadão* (ou se quisermos a do súdito, para falar com maior amplitude) que está primacialmente em causa.²³⁸

²³⁶ GEDIÉL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 151.

²³⁷ NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 246.

²³⁸ ASCENÇÃO, J. Oliveira *apud* MAGANO, 2003, p. 155.

Da mesma forma, Regina Beatriz Tavares da Silva, seguindo os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, defende uma diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade e afirma que:

Se falamos das relações de Direito Público, com vistas à relação da pessoa em face do Estado, denominamos esses direitos essenciais de direitos fundamentais. Se tratarmos de relações de Direito Privado, com vistas à proteção da pessoa em face de outros indivíduos, então chamamos esses direitos essenciais de direitos de personalidade, alcançando as relações de direito público e de direito privado.²³⁹

Carlos Alberto Bittar, no mesmo sentido, assinala que deve ser feita uma distinção entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, e que tal distinção deverá ser feita da seguinte forma:

Divisam-se assim, de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto das relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente os direitos à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade e o direito de ação. De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, de proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo e o direito moral de autor, a par de outros.²⁴⁰ (grifo nosso)

Na mesma linha, Lucas Lixinski propõe que deve ser feita uma distinção entre os direitos de personalidade: direitos de personalidade tipicamente públicos e tipicamente privados²⁴¹. Os direitos tipicamente públicos seriam os direitos fundamentais *strictu sensu*, como o direito às liberdades públicas; já os direitos tipicamente privados seriam os direitos de personalidade propriamente ditos²⁴². Nesta classificação, segundo Lixinski, desapareceria a distinção entre o público e o privado, uma vez que,

[...] muito embora sua regulação se desse até há pouco no campo do direito público, existe agora regulação no campo estritamente privado.

²³⁹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz apud ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v.6, n.24, out.2005, p. 27.

²⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto apud ALMEIDA NETO, 2005, p. 27-28.

²⁴¹ LIXINSKI, 2006, p. 208.

²⁴² LIXINSKI, 2006, p. 208.

Se antes se considerava mesmo lisonjeira a regulação desses direitos pelo ordenamento público, o que exaltava a relevância desses direitos, entendia-se já constituir esse fato uma grave lacuna, que só viria a ser preenchida posteriormente.²⁴³

É possível afirmar, através da breve exposição feita, que os direitos de personalidade são inerentes ao ser humano e devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico em todas as esferas, não apenas na cível, mas também na trabalhista.

Atenta-se, então, aos direitos de personalidade: intimidade e privacidade, que entram em colisão com o Poder de controle empresarial nas relações laborais diante de determinadas situações.

3.2 Intimidade e privacidade: origem histórica e tratamento jurídico

Passa-se, então, a tratar especificamente do direito à intimidade. Os autores divergem a respeito do surgimento da intimidade. Alice Monteiro de Barros ressalta que a intimidade pode ser vista sob três dimensões: fenômeno (fator socioeconômico); idéia (fator cultural); e direito (fator político-jurídico)²⁴⁴.

Alguns autores aderem à teoria racionalista e sustentam que a intimidade surgiu apenas com o fim do sistema feudal, com a idéia de propriedade privada como anseio dos burgueses capitalistas, Perez Luño segue esta corrente²⁴⁵.

Edoardo Giannotti defende a idéia de que não é possível localizar a intimidade nas civilizações antigas, e afirma que

Tentar localizar nas antigas instituições gregas e romanas as origens históricas a tutela à intimidade, embora nelas reconhecendo algumas indicações da sua natureza, é elaborar um raciocínio inadequado. Os espaços naturais eram, então, amplos, as populações de reduzida expressão numérica. Não havia pressões sociais que pudessem

²⁴³ LIXINSKI, 2006, p. 209.

²⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997, p. 19.

²⁴⁵ BARROS, 1997, p. 19.

despertar no indivíduo o desejo de isolamento, a vontade de estar só.²⁴⁶

Por outro lado, Giannotti ressalta que a evolução dos direitos de personalidade, dentre os quais a intimidade, está apoiada no direito natural, que possui suas raízes na Antiguidade²⁴⁷.

Outra corrente, chamada de teoria histórica²⁴⁸, acredita que a intimidade já existia nas civilizações antigas, mesmo através de vestígios, uma vez que a intimidade é uma característica inata ao homem. Propõe que mesmo na Grécia Clássica, onde predominava o valor da comunidade, já existia a idéia de intimidade e, como afirma Alice Monteiro de Barros, já em Eurípedes era possível identificar uma contraposição entre os mundos político e privado²⁴⁹. O próprio filósofo Aristóteles demonstrou a existência de uma vinculação entre liberdade e intimidade.

Com relação à dicotomia entre o público e o privado, Rosângelo Rodrigues de Miranda defende o ponto de vista, segundo o qual, já na antiguidade tal delimitação era nítida: o público dizia respeito ao espaço da política e o privado ao secreto, àquilo que não era compartilhado com estranhos²⁵⁰.

Já na Idade Média, Miranda afirma que havia uma exacerbação do espaço privado frente ao espaço público, representado pela propriedade do senhor feudal, que estava munido de interesses privados e possuía imunidades e privilégios, entretanto, nesta época não existia um reconhecimento da introspecção da pessoa como um direito²⁵¹.

Na Idade Moderna os burgueses desempenham relações civis, assim, o burguês apresenta-se não só como “proprietário”, mas como ser humano “capaz de manter relações puramente humanas”²⁵². Assim, amplia-se o espaço privado, além de acentuar, ainda mais, as diferenças existentes entre os espaços público e privado.

²⁴⁶ GIANNOTTI, 1987, p. 14.

²⁴⁷ GIANNOTTI, 1987, p. 15.

²⁴⁸ BARROS, 1997, p. 19.

²⁴⁹ BARROS, 1997, p. 19.

²⁵⁰ MIRANDA, 1996, p. 36-37.

²⁵¹ MIRANDA, 1996, p. 37.

²⁵² MIRANDA, 1996, p. 37.

Segundo Habermas, citado por Miranda, a sociedade burguesa do século XVIII era dividida da seguinte forma: setor privado – sociedade civil (setor da troca de mercadorias e trabalho) e espaço íntimo da família burguesa; setor público – Estado (setor da polícia) e Corte (sociedade da aristocracia)²⁵³. A privacidade, segundo Miranda, tem suas origens na esfera íntima da família burguesa²⁵⁴.

Miranda conclui que na Idade Moderna, o surgimento de uma esfera social-privada:

[...] marca o aparecimento de dois novos campos de atuação no âmbito do privado: o primeiro, marca a relação do homem mercador em público restrita aos interesses que só lhe dizem respeito, o segundo, marca a diferenciação do indivíduo, enquanto pessoa, frente à sociedade e ao Estado.²⁵⁵

A intimidade adquire um maior reconhecimento com o advento do Cristianismo, em especial com as obras de Santo Agostinho, que influenciam Kant, Lutero e Descartes. Há quem diga que a intimidade tem sua origem na Reforma Protestante, tamanha a sua importância²⁵⁶.

No liberalismo, período considerado a “ideologia política da Idade Moderna”²⁵⁷, é possível abordar a intimidade sob duas vertentes.

Na primeira delas, tratada como moderada, segundo Alice Monteiro de Barros, Hobbes defendia a liberdade negativa, o Estado não poderia intervir na intimidade dos indivíduos, e qualquer ato que não defendesse a intimidade seria nulo²⁵⁸. Para esta corrente, haveria um âmbito da liberdade que seria inviolável, e tal âmbito determinaria a existência de uma fronteira entre a vida privada e a autoridade pública.

Barros salienta que a segunda vertente é chamada radical e tem como principal expoente Spinoza, que propõe que o primeiro e mais importante bem

²⁵³ MIRANDA, 1996, p. 40.

²⁵⁴ MIRANDA, 1996, p. 41.

²⁵⁵ MIRANDA, 1996, p. 41.

²⁵⁶ BARROS, 1997, p. 20.

²⁵⁷ BARROS, 1997, p. 20.

²⁵⁸ BARROS, 1997, p. 20.

é a obediência civil, sendo este o primeiro dever do homem, independentemente de sua moralidade²⁵⁹.

A respeito do surgimento do tratamento jurídico da intimidade, Alice Monteiro de Barros ressalta que na Grécia clássica não se encontrava com facilidade a intimidade tratada juridicamente, já no Direito Romano tal proteção estendia-se à correspondência, ao domicílio, e à liberdade religiosa²⁶⁰. Entretanto, tais proteções ainda não se baseavam na dignidade da pessoa humana.

Alguns autores, como Carl Schmidt, sustentam que os direitos fundamentais não eram conhecidos pelos antigos, que só apareceram no século XVI; afirmam que tais direitos “contêm um princípio básico de distribuição, o qual significa que a esfera da liberdade individual é ilimitada, enquanto as faculdades do Estado são limitadas, em princípio”²⁶¹. Já no período da Idade Média, a inviolabilidade de domicílio era garantida por diversos textos jurídicos.

Alice Monteiro de Barros afirma que a primeira discussão teórica acerca do direito à intimidade somente surgiu com o artigo “*The right of privacy*”, de autoria de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, publicado no ano de 1890, com o objetivo de limitar a intromissão da imprensa na honra e na vida das pessoas²⁶². Para os autores, o direito à intimidade é o direito de ser deixado só, o artigo tocou na inviolabilidade de domicílio e da correspondência.

A repercussão desta discussão foi ampla e influenciou as decisões tomadas pela Suprema Corte americana, que chegou a motivar suas decisões na denúncia proposta no artigo²⁶³.

A partir desse momento o direito à intimidade passa a ser considerado atributo da personalidade do indivíduo, sob a perspectiva civilista, uma vez que a intimidade passa a ser considerada característica inerente ao ser humano.

Alice Monteiro de Barros assinala bem que, apesar da violação da intimidade poder implicar pagamento de indenização, esse direito “não está

²⁵⁹ BARROS, 1997, p. 20.

²⁶⁰ BARROS, 1997, p. 20.

²⁶¹ BARROS, 1997, p. 21.

²⁶² BARROS, 1997, p. 21.

²⁶³ GIANNOTTI, 1987, p. 22.

relacionado com a condição social ou com o patrimônio do indivíduo”²⁶⁴, seu fundamento está na liberdade individual.

Ressalta-se, neste ponto, a importante contribuição da jurisprudência norte-americana para o desenvolvimento da proteção à intimidade, principalmente decorrente das decisões da Suprema Corte. Tal evolução foi possível, segundo Giannotti, uma vez que os Estados Unidos passaram por um processo de industrialização sem precedentes no período pós-guerra, introduzindo diversas tecnologias na sociedade, além de interferir nos hábitos e nas ansiedades das pessoas²⁶⁵. Todos esses fatores contribuíram para o surgimento do fator da invasão da intimidade e da vida privada dos indivíduos. Assim, a intimidade e a vida privada tornaram-se objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, o que contribuiu para a sua evolução.

Os princípios constitucionais norte-americanos, dentre eles o que trata da intimidade, estão localizados na “Carta de Direitos”, que é representada pelas dez primeiras emendas à Constituição²⁶⁶. A quarta emenda é considerada uma forma de proteção à intimidade, e “declara inviolável o direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, documentos e haveres, contra buscas e apreensões injustificadas”²⁶⁷.

Felipe Kersten e Alessandra Mistrongue afirmam que a origem doutrinária do direito à vida privada encontra-se no direito americano, onde em 1783, o juiz Cooly pontuou que a privacidade era o direito de estar só, em paz, tranquilo²⁶⁸.

A legislação francesa também é considerada precursora em relação à proteção da intimidade. A Lei n. 70.643, de 17 de julho de 1970, em seu artigo 22, prevê a inclusão de um artigo no Código Civil, e seu parágrafo primeiro dispõe que “Cada qual tem direito ao respeito de sua vida privada”²⁶⁹. Como ressalta Claude Albert Colliard, esse artigo permite que os juízes tomem todas as medidas necessárias a evitar ou fazer cessar uma ameaça à vida privada²⁷⁰.

²⁶⁴ BARROS, 1997, p. 21.

²⁶⁵ GIANNOTTI, 1987, p. 20.

²⁶⁶ GIANNOTTI, 1987, p. 21.

²⁶⁷ GIANNOTTI, 1987, p. 21.

²⁶⁸ KERSTEN; MISTRONGUE, 2004, p. 313-314.

²⁶⁹ GIANNOTTI, 1987, p. 27.

²⁷⁰ COLLIARD, Claude Albert *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 27.

Na Itália, a Lei n.º 484, de 4 de agosto de 1955, em seu artigo 8º, reconhecia o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, de seu domicílio e da sua correspondência²⁷¹.

Já no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 12, tutela a proteção à vida privada, como já abordado no presente estudo. Também a Convenção Européia de Direitos do Homem, de 1950, aborda o assunto em seu artigo 8º, 1: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência”²⁷². No mesmo sentido dispõem diversos diplomas internacionais, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, que protege a intimidade em seu artigo 11:

Proteção da Honra e da Intimidade

1 – Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2 – Ninguém pode ser objeto de influências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em sua casa ou em sua correspondência ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação.

3 – Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais influências ou ataques.²⁷³ (grifos nossos)

Em 1967, no mês de março, aconteceu a Conferência Nórdica, realizada em Estocolmo, que propôs a necessidade de regulamentação das ingerências da vida privada principalmente diante dos problemas advindos com a revolução tecnológica. A Conferência elegeu como atentadoras à vida privada as seguintes ingerências:

- a) o acúmulo não autorizado de registros sobre a pessoa;
- b) gravações de som e tomadas fotográficas e cinematográficas;
- c) importunamentos da imprensa e outros meios de comunicação de massas;
- d) fustigamento da pessoa (acossar, observar, expor conteúdos de chamadas telefônicas).²⁷⁴

No direito português a proteção à intimidade foi positivada na Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 33, estabelecendo o

²⁷¹ GIANNOTTI, 1987, p. 63.

²⁷² BARROS, 1997, p. 22.

²⁷³ GIANNOTTI, 1987, p. 33.

²⁷⁴ MONREAL, Eduardo Novoa *apud* MIRANDA, 1996, p. 89.

reconhecimento genérico do direito à intimidade²⁷⁵. A inviolabilidade das correspondências e das telecomunicações estava tutelada no artigo 34, inciso IV, do mesmo diploma. Após a revisão do diploma constitucional português, ocorrida em 1982, foi regulamentada no artigo 35 a utilização da informática quando esta toca na vida privada dos indivíduos²⁷⁶. Antes mesmo da constitucionalização do direito à intimidade, o Código Civil português de 1967 já protegia a vida privada, em seu artigo 80, da seguinte forma:

Trata-se do número 80, sob o título Direito à Reserva sobre a intimidade da vida privada, assim redigido: 1) Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2) A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição da pessoa.²⁷⁷

A Constituição da Espanha de 27 de dezembro 1978 tutelou a intimidade e a vida privada em seu artigo 18, garantindo o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar; a inviolabilidade de domicílio; e o segredo das comunicações, em especial as postais, telegráficas e telefônicas, salvo decisão judicial²⁷⁸.

A antiga União Soviética também tutelava a intimidade já em 1977, em seu documento constitucional, no artigo 56, da seguinte forma: “A lei protege a intimidade da vida pessoal dos cidadãos e o sigilo da correspondência, das conversas telefônicas e das comunicações telegráficas”²⁷⁹. Entretanto, Paulo José da Costa, citado por Giannotti, ressalta que a proteção à intimidade em “regimes totalitários” é duvidosa, uma vez que a própria liberdade dos cidadãos é desconhecida²⁸⁰.

A intimidade também já estava tutelada na Constituição Venezuelana de 1961, e, é interessante ressaltar que o artigo 63 do diploma protege a inviolabilidade das correspondências em todas as suas formas:

Cartas, telegramas, papéis privados e qualquer outro meio de correspondência não podem ser interceptados, a não ser por

²⁷⁵ GIANNOTTI, 1987, p. 30.

²⁷⁶ MIRANDA, 1996, p. 94.

²⁷⁷ GIANNOTTI, 1987, p. 30.

²⁷⁸ MIRANDA, 1996, p. 95.

²⁷⁹ GIANNOTTI, 1987, p. 70.

²⁸⁰ GIANNOTTI, 1987, p. 70.

autorização judicial, com o preenchimento das formalidades legais, e sempre mantendo segredo com respeito a assuntos domésticos e privados que não têm relação com o procedimento respectivo. Livros, recibos e documentos contábeis podem ser inspecionados apenas pelas autoridades competentes, de acordo com a lei.²⁸¹ (grifos nossos)

Sérgio Arenhart destaca interessante passagem sobre a intimidade de René Ariel Dotti, que evidencia a preocupação com as evoluções tecnológicas e a inevitável violação da intimidade, na qual o autor afirma que:

No ano de 1965, ao prestar depoimento em um subcomitê do Congresso dos Estados Unidos, especialmente formado para tratar do problema da invasão da intimidade, o Prof. Beaney afirmou que não era preciso ser muito inteligente para se concluir que, se a tendência crescente de ofender a reserva do íntimo – através de organizações privadas e do Governo – não fosse controlada, em vinte ou trinta anos ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade, já que aceitaremos como um fator evidente que vivemos num aquário, que não somos homens livres, mas peixes.²⁸²

No ano de 1966, a Organização das Nações Unidas tutelou a vida privada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que consignou, em seu artigo 17, §1º, que “ninguém será objeto de imiscuições arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, da sua família, no seu domicílio ou da sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e da sua reputação”²⁸³.

A ONU desenvolveu diversas iniciativas objetivando tutelar a intimidade e a vida privada dos indivíduos em âmbito internacional. Uma delas foi a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, realizada em Teerã, no ano de 1968, sendo adotada uma Resolução relativa aos Direitos do Homem em face do progresso da ciência e da técnica²⁸⁴.

Além disso, foi elaborada uma pesquisa sob o seguinte título: “Os direitos do homem e as ameaças à vida privada”, que foi publicada pelo Correio da Unesco²⁸⁵. No ano de 1976 entrou em vigor o Pacto sobre Direitos Políticos

²⁸¹ GIANNOTTI, 1987, p. 76.

²⁸² DOTTI, René Ariel *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 46.

²⁸³ ARENHART, 2000, p. 56.

²⁸⁴ GIANNOTTI, 1987, p. 33.

²⁸⁵ GIANNOTTI, 1987, p. 33.

e Civis da ONU, que tutelava a vida privada, as correspondências, a honra e a reputação²⁸⁶.

Em 1981, em Estrasburgo, o Conselho da Europa, demonstrando sua preocupação com as inovações tecnológicas, prolatou a “Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caracter Pessoal”, que defendia a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, especialmente do direito à vida privada em face ao tratamento automatizado dos dados pessoais²⁸⁷.

A Organização Internacional do Trabalho, em outubro de 1996, aprovou o projeto de Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores e Recomendações, para uma ação futura da OIT. Participaram da reunião tanto 24 especialistas, como observadores da União Européia e de outros órgãos.

Como afirma Alice Monteiro de Barros,

A finalidade do repertório é orientar os países na elaboração de leis, regulamentos, convenções coletivas e políticas do trabalho, considerando que a utilização de técnicas de informática, a vigilância eletrônica, e os exames genéticos e toxicológicos põem, de manifesto, a necessidade de elaborar disposições no âmbito nacional, visando a proteger a dignidade dos candidatos ao emprego, dos empregados e dos ex-empregados. O repertório aplicar-se-á ao setor público e ao setor privado.²⁸⁸

O projeto em comento é mais voltado para o que diz respeito aos dados pessoais do empregado, que são coletados e utilizados pelo empregador e já mostra uma grande preocupação da Organização Internacional do Trabalho em proteger a intimidade e a privacidade dos trabalhadores.

Já naquela época foi proibida a possibilidade de os trabalhadores renunciarem ao direito de proteger a sua vida privada²⁸⁹. Além disso, houve uma preocupação com a utilização de certos instrumentos de controle e vigilância dos empregados: foi proibida a utilização de polígrafos (instrumento usado para comprovar a verdade), e determinou-se que, caso fossem

²⁸⁶ GIANNOTTI, 1987, p. 33.

²⁸⁷ MIRANDA, 1996, p. 91.

²⁸⁸ BARROS, 1997, p. 24.

²⁸⁹ BARROS, 1997, p. 24.

instalados sistemas automatizados de vigilância, os representantes dos trabalhadores deveriam ser informados²⁹⁰.

O projeto da OIT contribuiu bastante para incentivar a produção de normas de proteção à intimidade, *in casu*, dos trabalhadores, Barros afirma que:

A preocupação da OIT com a proteção da vida privada do trabalhador ensejou, ainda, uma série de estudos, realizados sob três dimensões: proteção de dados pessoais, fiscalização no local de trabalho (revistas pessoais e eletrônicas) e exames, aí compreendidos testes de droga, álcool, mapa genético, etc.²⁹¹

Neste contexto, começaram a surgir leis nacionais de proteção à intimidade. O Código Penal então vigente positivou a violação de domicílio (art. 150), a violação de correspondência (art. 151) e a violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, II), prevendo sanções penais para tais condutas²⁹².

Na legislação pode-se citar a Lei n.º 4.117/62 e a Lei n.º 5.250/67²⁹³, que dispõem, respectivamente, sobre as telecomunicações e a imprensa, e protegeram os direitos de personalidade tanto com dispositivos cíveis como penais. O Código de Telecomunicações, Lei n.º 4.117/62, tutelou a possibilidade de interceptação das telecomunicações somente pelas autoridades, ou mediante ordem judiciária - seu artigo 56, §2º determina que “somente os serviços fiscais das estações e os postos oficiais poderão interceptar telecomunicação”²⁹⁴. O Código de Propriedade Industrial, Decreto-Lei n.º 7.893, de 27 de agosto de 1945, tutela o segredo de fábrica ou negócio²⁹⁵.

A Carta Magna de 1988 protegeu a intimidade em seu art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

²⁹⁰ BARROS, 1997, p. 24-25.

²⁹¹ BARROS, 1997, p. 25.

²⁹² BARROS, 1997, p. 26.

²⁹³ Cabe ressaltar que a Lei de Imprensa foi derrubada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no dia 30/04/2009, o STF considerou a Lei contrária à Constituição Federal de 1988 e à democracia.

²⁹⁴ GIANNOTTI, 1987, p. 81.

²⁹⁵ GIANNOTTI, 1987, p. 80.

assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”²⁹⁶ (grifos nossos).

Com tal tipificação, pela primeira vez, foi feita uma distinção entre intimidade e vida privada. Os direitos à intimidade e à privacidade também estão tutelados no inciso XII do mesmo artigo, que trata das comunicações pessoais.

Ao tutelar a intimidade e a vida privada no artigo 5º, a Constituição Federal incluiu tais direitos no rol de direitos e deveres individuais, inserindo-os no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Assim, o direito à intimidade e à vida privada foi incluído no núcleo estável do ordenamento constitucional, uma vez que faz parte das normas estabelecidas no §4º do artigo 60, que não podem ser objeto de proposta de emenda à Constituição.

Alice Monteiro de Barros destaca que a positivação dos direitos à intimidade e à vida privada foi feita tardiamente no Brasil, uma vez que tal tutela já estava presente nas seguintes Constituições: Constituição da Espanha em 1978; Constituição de Portugal em 1976; Constituição da URSS, de 1977; Constituição da Turquia, de 1982; e na Constituição do Reino dos Países Baixos, que foi revisto em 1983²⁹⁷.

Não existe uma conceituação específica da intimidade no direito juslaboral, é utilizado o conceito civilista. O direito à intimidade pode ser conceituado como o direito que protege o íntimo de cada um da interferência de outras pessoas, o direito que cada um tem de guardar segredos pessoais em seu íntimo, de fazer determinadas coisas sem que outras pessoas saibam, vejam ou escutem.

Já do ponto de vista filosófico, Alice Monteiro de Barros cita o conceito dado por Zavala de González:

[...] a 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 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.²⁹⁸

²⁹⁶ BARROS, 1997, p. 27.

²⁹⁷ BARROS, 1997, p. 27.

²⁹⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ *apud* BARROS, 1997, p. 28.

Pontes de Miranda assinala bem que o direito à intimidade é aquele que tem como fim resguardar os indivíduos dos sentidos alheios, da vista e dos ouvidos de outrem, tendo como fundamento o direito à liberdade de fazer e de não-fazer²⁹⁹.

De Plácido e Silva, citado por Cynthia Semírames, afirma que o direito à intimidade é “aquele que a pessoa tem de garantir a sua vida privada indevassada, podendo estar só ou na companhia que lhe aprouver”³⁰⁰.

José Afonso da Silva considera a intimidade como a “esfera secreta na vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”³⁰¹. O autor afirma que a vida privada pode ser considerada o conjunto do modo de ser e de viver a vida do indivíduo, sem interferência de terceiros, possibilitando o desenvolvimento da personalidade pelo indivíduo³⁰².

Os autores Garcia e Arango afirmam que “O direito à intimidade (...) é o de não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos”³⁰³.

Em 1952, Douglas, magistrado da Suprema Corte dos Estados Unidos, inspirado no artigo “*The right of privacy*”, já abordado, manifestou-se sobre a intimidade, considerando a intimidade pessoal o “direito de ser deixado só, como princípio de toda liberdade”³⁰⁴. Na mesma linha, Paulo José da Costa Júnior defende que o direito à intimidade é o “direito de se estar só”, tendo publicado uma obra com este nome no título³⁰⁵.

Jacques Robert afirma que a conceituação jurídica da vida privada é uma tarefa difícil, e propõe que tal conceituação está próxima da noção de anonimato, vida interior, pessoal e familiar³⁰⁶. Para Milton Fernandes, a vida privada “representa o direito de que sejam razoavelmente excluídos da

²⁹⁹ PONTES DE MIRANDA *apud* BARROS, 1997, p. 27

³⁰⁰ DE PLÁCIDO E SILVA *apud* VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v.5, n.17, jan./mar. 2004, p. 104.

³⁰¹ SILVA, José Afonso da *apud* VIANNA, 2004, p. 104.

³⁰² SILVA, José Afonso da *apud* VIANNA, 2004, p. 104.

³⁰³ GARCIA, San Miguel Rodrigues e ARANGO, Luis *apud* MAGANO, 2003, p. 155.

³⁰⁴ BARROS, 1997, p. 29.

³⁰⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 9.

³⁰⁶ ROBERT, Jacques *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 10.

informação alheia as idéias, fatos e dados próprios do sujeito³⁰⁷. Miranda afirma que o direito à vida privada, enquanto conduta positiva, faculta ao sujeito resistir aos ataques impostos à sua privacidade; e, enquanto conduta negativa, impõe o dever de não se intrometer³⁰⁸. Rosângelo Miranda elabora o seguinte conceito para a vida privada:

[...] no mundo ocidental Contemporâneo, o conceito de vida privada demarca, em essência, a individualidade do homem, não só frente aos indivíduos e à sociedade, mas também, frente ao Estado; consubstanciando espaços nos quais as forças de criação e imaginação do homem estão livres, seja para reflexões introspectivas atinentes ao íntimo de cada qual, seja para manter intercâmbios sociais nos quais cabe a cada um, privativamente, escolher como, onde e quando atuar.³⁰⁹

Carlos Alberto Bittar sustenta que o direito à intimidade tem como finalidade proteger a vida privada das pessoas da ingerência alheia, e afirma que o direito à privacidade é uma de suas manifestações³¹⁰. Existe corrente contrária que afirma ser o direito à privacidade mais amplo, compreendendo também outras manifestações. Há também corrente diversa que não faz distinção entre a intimidade e a vida privada.

Santos Cifuentes trata os termos intimidade e privacidade como sinônimos e assim define-os: “direito à intimidade é o direito personalíssimo que permite subtrair a pessoa da publicidade e que está limitado pelas necessidades sociais e pelo interesse público”³¹¹.

Rosângelo Miranda pondera que a intimidade pode ser considerada uma esfera contida na privacidade, e, para esclarecer seu ponto de vista, cita a assertiva de Raymond Lindon: “proteção da intimidade da vida privada”³¹².

Miranda afirma que o direito à reserva da intimidade da vida privada é mais restrito que o direito à privacidade, e sua função é garantir o âmago do ser do indivíduo³¹³. Tércio Sampaio Ferraz Júnior assevera que “a intimidade é,

³⁰⁷ FERNANDES, Milton *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 10.

³⁰⁸ MIRANDA, 1996, p. 83.

³⁰⁹ MIRANDA, 1996, p. 82.

³¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto *apud* BARROS, 1997, p. 28.

³¹¹ MIRANDA, 1996, p. 66.

³¹² LINDON, Raymond *apud* MIRANDA, 1996, p. 82.

³¹³ MIRANDA, 1996, p. 117.

dentro do âmbito da privacidade, o mais exclusivo dos seus direitos”³¹⁴. É importante ressaltar que tal distinção tem sido feita apenas por parte da doutrina, uma vez que, em termos paradigmáticos, os conceitos são muito similares e possuem o mesmo tratamento jurídico.

Felipe Kersten e Alessandra Mistrongue acreditam que a intimidade e a privacidade não se confundem em momento algum, uma vez que a intimidade refere-se a uma esfera restrita, constituída por elementos que integram a formação psíquica do indivíduo, que ele não compartilha com outras pessoas; além disso, a intimidade é uma espécie, sendo o gênero a vida privada – a privacidade seria constituída por elementos psíquicos que o indivíduo divide com as pessoas íntimas³¹⁵.

De acordo com este entendimento, e pretendendo esclarecê-lo, é possível identificar dois conceitos diferentes, como propõem Kersten e Mistrongue, seguindo a linha de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que seriam os seguintes:

Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o “eu” e os “outros”, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos.³¹⁶

Os autores esclarecem que a diferença entre a intimidade e a privacidade nem sempre é nítida, e que tal questão deverá ser resolvida à luz do caso concreto, além disso, afirmam que tal distinção não possui relevância jurídica, uma vez que as figuras possuem o mesmo tratamento jurídico.³¹⁷

Elimar Szaniawsk considera ser o direito à vida privada um:

[...] poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz na vida pessoal e familiar.³¹⁸

³¹⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio *apud* MIRANDA, 1996, p. 119.

³¹⁵ KERSTEN; MISTRONGUE, 2004, p. 314.

³¹⁶ KERSTEN; MISTRONGUE, 2004, p. 314.

³¹⁷ KERSTEN; MISTRONGUE, 2004, p. 314.

³¹⁸ SZANIAWSK, Elimar *apud* BARROS, 1997, p. 29-30.

Szaniawsk atribui uma dimensão maior ao direito à privacidade, na mesma linha proposta por José Afonso da Silva, incluindo as manifestações da esfera íntima, da vida privada, bem como da personalidade, ao direito à privacidade³¹⁹.

Edoardo Giannotti ressalta que a elaboração do conceito da intimidade é tortuosa, uma vez que se depara com conceitos semelhantes, como é o caso do direito ao recato, à vida, ao segredo; e propõe que não existiria distinção entre a intimidade e a vida privada³²⁰.

Por outro lado, René Ariel Dotti assinala que os conceitos de vida privada e intimidade não se confundem, a intimidade seria um conceito mais restrito, essencial na vida privada do ser humano³²¹.

É possível afirmar que a intimidade pode ser ampliada a outros atributos da personalidade. Ada Pellegrini Grinover, acerca do direito à intimidade, leciona:

[...] é que o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo (epistolar, documental, profissional) são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade.³²² (grifos nossos)

A mesma autora entende que o direito ao segredo, por exemplo, está contido no direito à intimidade, e que o direito ao segredo ou o direito à vida privada pretendem impedir que terceiro conheça aspectos da vida de outrem³²³. Além disso, Ada Pellegrini afirma que o direito à privacidade sucede o direito ao segredo, uma vez que compreende “a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador”³²⁴.

³¹⁹ BARROS, 1997, p. 30.

³²⁰ GIANNOTTI, 1987, p. 8.

³²¹ DOTTI, René Ariel *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 8.

³²² GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 9.

³²³ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 9.

³²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 9.

Ada Pellegrini Grinover estabelece um conceito sintético ao direito à intimidade e propõe que a intimidade pode ser destacada como direito à liberdade pessoal, com interferências externas mínimas³²⁵. A autora também desenvolve um conceito analítico para o direito à intimidade, que seria:

[...] o poder legalmente reconhecido a um sujeito (individual ou coletivo) de autonomamente determinar o limite entre os quais o sujeito pode: a) obter ou usar idéias, escritos, nomes, retrato ou outros elementos próprios da individualidade do próprio sujeito; b) obter informações que lhe digam respeito ou que impliquem em fatos que ele possa ser responsável; c) penetrar fisicamente, ou através de meios escusos, na esfera estritamente pessoal de seus interesses e atividades.³²⁶ (grifos nossos)

A honra e a intimidade são direitos distintos, apesar de estarem conectados. Alice Monteiro de Barros afirma que “as normas sobre a *honra* previnem diante de uma descrição inexata da vida privada, enquanto as normas sobre a *intimidade* proíbem qualquer descrição da mesma”³²⁷. (grifos da autora)

Barros esclarece que pode haver uma conduta que implique lesão tanto ao direito à honra, quanto ao direito à intimidade: como exemplo, cita uma enfermidade que causa impotência³²⁸. Da mesma forma, existem condutas que afetam apenas a honra da pessoa e não a sua intimidade, um exemplo é quando se atribui a alguém a fama de ladrão de forma injusta.

Miranda assinala bem que, diferentemente da conduta que viola a honra, a violação à vida privada prescinde da existência de juízos agravantes à moral do indivíduo, para caracterizar a lesão basta que o ofensor tome conhecimento ou divulgue fatos mantidos em segredo pelo indivíduo³²⁹.

Por outro lado, as condutas que ofendem a honra não precisam divulgar um segredo, mas apenas depreciar a reputação do sujeito. Ademais, o legislador permite que o ofensor da honra escuse sua responsabilidade ao demonstrar a verdade da imputação, em certos casos, o que não acontece com o ofensor da vida privada.

³²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 13.

³²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 13.

³²⁷ BARROS, 1997, p. 30.

³²⁸ BARROS, 1997, p. 30.

³²⁹ MIRANDA, 1996, p. 121.

Rosângelo Rodrigues de Miranda propõe que o ordenamento jurídico brasileiro consagra, implicitamente, dois princípios relacionados à tutela da vida privada, quais sejam: o princípio do direito à diferença e o princípio de manter exclusividade nas escolhas das opções pessoais³³⁰.

O primeiro princípio seria a garantia de cada indivíduo em possuir uma especificidade única frente ao social. Miranda assevera que em uma sociedade massificada “se deve elevar o princípio da diferenciação ao status de garantidor da singularidade imanente a cada indivíduo”³³¹.

O princípio de manter exclusividade nas escolhas das opções sociais, segundo Eduardo Giannotti da Fonseca, citado por Miranda, é:

[...] uma semente lógica irreduzível, a partir da qual se erguem críticas ao coletivismo, e cuja premissa é a atribuição de significado metafísico especial à capacidade de escolha com a qual o ser humano é singularmente dotado.³³²

Miranda pondera que tal princípio possui duas facetas que se complementam: por um lado a questão das opções pessoais está na esfera da exclusividade da vida íntima do indivíduo; por outro lado, a questão das opções realizadas no âmbito das relações sociais, está na esfera da exclusividade da vida privada das pessoas³³³.

Miranda ressalta que a Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a interpretar o “*Right of Privacy*” como o direito da própria pessoa tomar a sua decisão sozinha na esfera de sua vida privada³³⁴. No julgado em questão, foi declarada inconstitucional uma lei do Estado de Massachusetts que proibia a venda e a doação de anticoncepcionais a mulheres que não fossem casadas. A decisão tocou no direito de escolha, que todos os indivíduos possuem.

Como figura afim ao direito à vida privada, Rosângelo Miranda ressalta o direito ao sigilo, que seria, dentre outras coisas, o direito de manter em segredo as comunicações da vida privada; o direito de reserva de dados informatizados referentes à vida particular do sujeito; e o direito de impedir o devassamento de

³³⁰ MIRANDA, 1996, p. 71.

³³¹ MIRANDA, 1996, p. 72.

³³² FONSECA, Eduardo Giannotti da *apud* MIRANDA, 1996, p. 73.

³³³ MIRANDA, 1996, p. 73.

³³⁴ MIRANDA, 1996, p. 74.

informações alheias que estejam sob sua tutela, em decorrência do dever profissional³³⁵.

Em relação à inviolabilidade do sigilo das comunicações pessoais, Miranda propõe sabiamente que a liberdade de comunicação advém da própria liberdade de pensamento, sendo que a sua tutela pode ser considerada uma das mais antigas formas de proteção à privacidade³³⁶.

Assim, é possível afirmar que o que viola a liberdade de não manifestar o pensamento “é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privativamente passe ilegitimamente ao domínio de terceiro”³³⁷.

A respeito da natureza jurídica da intimidade convém tecer breve consideração. A natureza jurídica do direito à intimidade é de um direito subjetivo inerente à pessoa humana, direito fundamental de defesa³³⁸.

Omar Kaminski afirma que a privacidade, quando relacionada à *Internet*, possui uma definição variável e relacionada ao gerenciamento e à proteção de dados pessoais, e conceitua a privacidade, vista sob uma ótica generalizada, da seguinte forma: “o direitos das pessoas de controlar quais detalhes sobre as suas vidas devem permanecer no interior de suas moradas, e quais podem ser exteriorizados aos demais”³³⁹.

Cynthia Vianna sustenta que a privacidade não envolve apenas a intimidade e a privacidade, mas é a exacerbação desses direitos, sendo caracterizada pela liberdade do indivíduo de só se expor se assim o desejar³⁴⁰, e completa seu raciocínio da seguinte forma:

Informações pessoais, pensamentos, ideologias, identidades, ações, imagens, devem estar sob o controle de quem as possui, e seu fornecimento obrigatório ou dissimulado é uma restrição a esse direito. Note-se que a amplitude dessa liberdade a retira da vida privada para ser um direito público, oponível a toda a sociedade. Não estamos falando apenas de respeito à intimidade do indivíduo, por meio de direitos como a inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência ou segredo profissional, ou do clássico “direitos de ser deixado só”, mas do reconhecimento de que esses direitos e mais

³³⁵ MIRANDA, 1996, p. 127.

³³⁶ MIRANDA, 1996, p. 128.

³³⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio *apud* MIRANDA, 1996, p. 128.

³³⁸ BARROS, 1997, p. 31.

³³⁹ KAMINSKI, Omar *apud* VIANNA, 2004, p. 104.

³⁴⁰ VIANNA, 2004, p. 104.

alguns, que surgem com alterações sociais, são necessários para que se reconheça uma natureza humana.³⁴¹

Cynthia Vianna ressalta a passividade com que as pessoas vêm aceitando a imposição de práticas que violam a privacidade nos dias de hoje, como exemplo, cita as câmeras de vídeo, o controle na entrada dos bancos, a identificação obrigatória em cada local que se vai; assinala que todas essas práticas são colocadas em nome da segurança, mas que acabam extrapolando a sua finalidade.

Como dissidentes de tal prática Vianna destaca a:

[...] *Privacy International* (<http://www.privacyinternational.org>), que instituiu o prêmio *Big Brother* para as piores políticas antiprivacidade, e o *Electronic Privacy Information Center* (<http://www.epic.org>), voltado para a privacidade em ambiente eletrônico.³⁴²

Os novos meios de “violação da intimidade” foram sendo inseridos na sociedade ao longo dos anos, Cynthia Vianna afirma que o século XX assistiu à violação da privacidade em silêncio, uma vez que:

[...] o “combate ao comunismo” exigia esse sacrifício, além do incentivo governamental à delação e ao desenvolvimento de tecnologias que permitissem maior controle de suspeitos (como o aprimoramento de sistemas de localização, identificação e escuta). Por outro lado, a parte socialista do mundo não respeitava a privacidade por entender que deveriam dar prioridade para os direitos sociais, consolidando o regime, para depois concederem direitos individuais, o que incentivou os mecanismos de controle da mesma forma que o mundo não-socialista.³⁴³

Por fim, cabe destacar a lição de Edoardo Giannotti acerca da íntima conexão do exercício e fruição dos direitos de personalidade com o trabalho, seara onde os novos instrumentos tecnológicos são utilizados amplamente:

A possibilidade concreta de exercício de um dos direitos vitais da personalidade fica, portanto, na dependência da fruição efetiva de vários outros direitos, como o direito ao trabalho, à educação, à moradia, à assistência social. Em face da complexidade que marca a sociedade contemporânea, é ao Estado, através do ordenamento jurídico, que compete a iniciativa de garantir esses direitos, condição

³⁴¹ VIANNA, 2004, p. 104-105.

³⁴² VIANNA, 2004, p. 108.

³⁴³ VIANNA, 2004, p. 111.

básica para que todos os demais, que dão conteúdo à personalidade, possam efetivamente ser exercidos.³⁴⁴

O direito à intimidade e o direito à privacidade são direitos de personalidade, oponíveis *erga omnes*, estão presentes no âmbito da relação laboral e devem ser respeitados dentro do ambiente empresarial, com algumas limitações, como será estudado.

3.3 A tutela jurisdicional das correspondências nas Constituições Brasileiras

Antes de adentrar na intimidade dentro do ambiente laboral, cabe tecer breve consideração a respeito da tutela das correspondências eletrônicas e sua evolução ao longo dos textos constitucionais.

A tutela da intimidade está intimamente conectada ao sigilo das correspondências. É possível afirmar que, atualmente, diante do progresso tecnológico com que a sociedade se depara, a tutela das correspondências eletrônicas, em especial, tem sido objeto de diversos debates. Ada Pellegrini Grinover salienta que o objeto da tutela das comunicações é dúplice: “de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade”³⁴⁵.

Ada Grinover destaca a Constituição Italiana, que dispõe em seu artigo 15, serem invioláveis a liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outro meio de comunicação³⁴⁶.

Passa-se, então, a analisar a proteção das correspondências nas Constituições Brasileiras. A Constituição do Império, de 1824, já tutelava o sigilo das correspondências em seu artigo 179, §27, ao estabelecer que o segredo das cartas é inviolável e responsabilizar o Correio pela infração desta norma³⁴⁷. Nesta época, a proteção às correspondências era feita somente em

³⁴⁴ GIANNOTTI, 1987, p. 39.

³⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 85.

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 85.

³⁴⁷ GIANNOTTI, 1987, p. 85.

relação ao Estado, não existia uma preocupação maior em proteger as cartas das violações pelos particulares.

A Constituição Republicana de 1891 foi mais objetiva e determinou, em seu artigo 72, §18, que “é inviolável o sigilo da correspondência”, redação seguida pela Constituição de 1934, em seu artigo 13, §8^{o348}.

A tutela da correspondência foi feita de forma diferente na Constituição de 1937, outorgada em um período autoritário, foi garantida a inviolabilidade do domicílio e a proteção das correspondências “salva as exceções legais previstas em lei” (artigo 122, §6^o)³⁴⁹. Entretanto, a lei era omissa com relação a tais exceções.

Já no período democrático pós-guerra, a Constituição de 1946 tutelou as correspondências da mesma forma feita na Constituição de 1891, em seu artigo 141, §6^{o350}, o que demonstrou não existir grandes preocupações acerca do assunto.

É possível detectar a existência de certa preocupação com a tutela das correspondências somente no texto constitucional de 1967, que incorporou a emenda constitucional n.º 1, de 1969, estabelecendo em seu artigo 153, §9º, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”³⁵¹. Neste dispositivo são incluídas novas formas de comunicação que surgem com o desenvolvimento da sociedade.

A respeito da inclusão das correspondências telefônicas no texto constitucional, Ada Pellegrini assinala bem que:

O telefone, como meio de comunicação verbal e à distância, tornou-se um instrumento insubstituível nas relações normais da vida contemporânea; e, justamente por isto, o campo das comunicações é aquele em que o fenômeno das interceptações ilícitas toma dimensões preocupantes, por ser o setor onde a violação do direito à intimidade pode mais facilmente manifestar-se sem o conhecimento do titular do direito.³⁵²

Como já assinalado, a Constituição Republicana de 1988 tutela a intimidade em seu artigo 5º, inciso X, e as correspondências, especificamente,

³⁴⁸ GIANNOTTI, 1987, p. 86.

³⁴⁹ GIANNOTTI, 1987, p. 86.

³⁵⁰ GIANNOTTI, 1987, p. 87.

³⁵¹ GIANNOTTI, 1987, p. 87.

³⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 87.

no inciso XII do mesmo artigo, incluindo tal proteção em seu Título II: Dos direitos e garantias fundamentais. O tratamento dado à tutela das correspondências no texto constitucional de 1988 demonstra uma evolução desta proteção, que foi feita de maneira mais ampla.

Entretanto, as inovações tecnológicas trazem novas possibilidades de violação à intimidade e muitas delas ainda não foram normatizadas da maneira adequada, como exemplo é possível citar as comunicações eletrônicas, câmeras de vigilância, os sistemas de GPS, radares, dentre outros.

Especificamente a correspondência eletrônica, inserida pela informática, ainda não foi tutelada de forma específica, sendo utilizados os dispositivos que tutelam as correspondências e comunicações telegráficas. Tal tutela deve ser efetivada com o intuito de evitar violações à intimidade dos indivíduos, o que acontece principalmente no ambiente laboral. Enquanto a tutela adequada não é normatizada, é imprescindível que o assunto em comento seja objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o que vêm acontecendo nos últimos anos.

3.4 A tutela jurisdicional da intimidade e da privacidade dos trabalhadores

Nas relações de emprego, o trabalhador conserva seus direitos fundamentais decorrentes da sua qualidade de cidadão, além de agregar a tais direitos os direitos fundamentais, que são aplicáveis estritamente a relação de emprego. Assim, os seus direitos de personalidade, inerentes ao ser humano, devem ser tutelados na relação empregatícia. Principalmente pelo fato de haver uma relação desigual, sendo o trabalhador hipossuficiente, é que tal proteção deve ser realizada de maneira realmente eficaz.

Em relação à aplicabilidade dos direitos de personalidade nos contratos de trabalho pode-se dizer que:

O trabalho concebido como uma projeção indissociável da personalidade do trabalhador se identifica com as condições

existenciais necessárias ao desenvolvimento físico, psíquico e social do sujeito e pode assumir significado próprio para a doutrina dos direitos de personalidade.³⁵³

Acerca da possibilidade de desrespeito aos direitos de personalidade no contexto da relação laboral, Sussekind, citado por Giovanny Cocicov, assinala bem que:

O cotidiano da execução do contrato de trabalho, com, o relacionamento pessoal entre empregado e empregador, ou aqueles a quem este delegou o poder de comando, possibilita, sem dúvida, o desrespeito aos direitos de personalidade por parte dos contratantes. De ambas as partes – convém enfatizar -, embora o mais comum seja a violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem do trabalhador.³⁵⁴

A Carta Magna de 1988 ressalta a proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador no capítulo que trata dos princípios aplicáveis à atividade econômica, e dispõe em seu artigo 170 que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”³⁵⁵.

A respeito do assunto, Barros assinala bem que:

Assim, embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos “direitos de personalidade” consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.³⁵⁶ (grifos nossos)

Uma questão importante é destacada por Alice Monteiro de Barros: o direito de propriedade também está positivado na Constituição, da mesma

³⁵³ GEDIEL, 2006, p. 153.

³⁵⁴ SUSSEKIND, Arnaldo apud COCICOV, Giovanny Vítor Baratto. Atentados ao direito de personalidade na seara laboral: contribuições à responsabilidade civil objetiva. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 34, n. 129, jan. 2008, p. 99.

³⁵⁵ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Direito à intimidade X revista pessoal do empregado. Porto Alegre: **Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, v.22, n.264, dez. 2005, p. 695.

³⁵⁶ BARROS, 1997, p. 32.

forma que os direitos de personalidade³⁵⁷; assim, no ambiente laboral, o direito à intimidade irá sofrer certas limitações, limitações estas que deverão respeitar a dignidade da pessoa humana.

A proteção à dignidade da pessoa humana, simultaneamente, significa a proteção aos direitos de personalidade, *in casu*, intimidade e privacidade dos trabalhadores. Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, os direitos de personalidade configuram “um conteúdo mínimo imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”³⁵⁸.

Cabe ressaltar que o bem individual não está em situação oposta ao bem comum, ao contrário, o bem comum “é o bem de todos naquilo que temos em comum”³⁵⁹. Assim sendo, pode-se afirmar que os indivíduos devem desenvolver a sua personalidade sem considerar o “outro” como uma limitação, mas sempre respeitando a dignidade da pessoa humana do próximo.

O húngaro Imre Szabo assinala bem que a razão de existência dos direitos fundamentais:

[...] é a defesa, de forma institucionalizada, das prerrogativas da pessoa humana contra os excessos de poder cometidos pelos órgãos do Estado e o estabelecimento de condições humanas de vida, assim como a promoção do desenvolvimento multidimensional da personalidade humana.³⁶⁰ (grifos nossos)

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana também defende os obreiros dos excessos eventualmente cometidos pelos empregadores. Conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana exige o respeito aos direitos de personalidade dos obreiros.

A personalidade, segundo Edilson Pereira, significa a “possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair

³⁵⁷ BARROS, 1997, p. 30.

³⁵⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da *apud* NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 246.

³⁵⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha *apud* MATTE, Luíza. Considerações acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: **Direito & Justiça**, v.25, n.28, jul. 2003, p. 150.

³⁶⁰ SZABO, Imre *apud* SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v. 6, n. 24, out. 2005, p. 237.

obrigações”³⁶¹. Karl Larenz, ao se pronunciar sobre o personalismo ético da pessoa no Direito Privado, afirmou que “reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial mínimo”³⁶².

A inviolabilidade do direito à vida, especificidade da dignidade da pessoa humana, se desdobra na inviolabilidade física da pessoa, bem como na inviolabilidade moral. Maurício Godinho Delgado ressalta que a inviolabilidade moral é um conceito mais amplo que a inviolabilidade física,

[...] uma vez que o corpo e a sua higidez são estuários de realização da vida humana em todas as suas dimensões. Na dimensão moral engloba-se também parte significativa da dimensão física do indivíduo, até mesmo porque a derruição física do corpo projeta angustiantes malefícios ao plano psicológico da mesma pessoa.³⁶³

Como exemplo da ligação entre a inviolabilidade física e a moral, é possível destacar os acidentes de trabalho, que atingem a pessoa fisicamente e também podem refletir em seu psicológico, o que não acontece raramente.

Como afirma Maurício Godinho Delgado, “a inviolabilidade, no plano constitucional, atinge a *vida privada* do ser humano, inclusive sua *intimidade*”³⁶⁴. (grifos do autor)

Emanuel Teófilo Furtado ressalta que a teoria do personalismo pretende contemporizar os interesses dos indivíduos e da sociedade, com o intuito de alcançar o ponto de equilíbrio, evitando absolutizações³⁶⁵. Assim, propõe que existe um reconhecimento de que a harmonia da ordem social com o interesse de cada indivíduo, está no valor que deve ser prestado à pessoa humana³⁶⁶.

³⁶¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar n. 219, jan./fev./mar. 2000, p. 237.

³⁶² LARENZ, Karl *apud* NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 239.

³⁶³ DELGADO, 2005, p. 184.

³⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, v. 31, 2005, p. 184.

³⁶⁵ FURTADO, 2006, p. 32.

³⁶⁶ FURTADO, 2006, p. 32.

Ou seja,

O norte há de ser aquele que indica para a postura de que o indivíduo deve ceder lugar ao todo até o momento em que não venha a ser escoriado o valor da pessoa humana, a saber, a plenitude do homem enquanto homem, posto que, sempre que se aspira olvidar a esfera da personalidade, estar-se-á aberto para a consumação da conduta arbitrária.³⁶⁷

Deve haver uma coexistência de harmonia entre o indivíduo e a sociedade, sendo certo que os interesses da sociedade não irão prevalecer sobre os interesses do indivíduo, assim como o contrário também não poderá acontecer³⁶⁸. Pelo contrário, os interesses deverão harmonizar-se.

O que a teoria personalista propõe não é uma exacerbação ilimitada do indivíduo, ao reverso,

[...] o que se procura elevar é a condição do ser humano enxergado como parte imprescindível do todo que é a sociedade, sendo, portanto, forma do mais alto gênero, a saber, uma pessoa no sentido mais amplo da palavra.³⁶⁹

Entende-se, assim, que em um provável conflito de interesses entre a sociedade/empregador e o indivíduo/empregado, não é correto afirmar que o interesse individual sempre deverá prevalecer, mas sim, que os interesses devem coexistir, devendo o coletivo respeitar sempre a pessoa humana, pelo menos no que diz respeito ao núcleo essencial da sua dignidade, que é intangível.

No que tange à proteção dos direitos de personalidade na Consolidação das Leis Trabalhistas, não existem normas expressas tutelando a intimidade e a privacidade dos obreiros. Prevalecem as normas que protegem a integridade física dos obreiros, sendo a integridade moral relegada a pouquíssimos artigos.

O artigo 483, da CLT, protege a honra e a boa fama dos empregados, assim, considera-se que “outros comportamentos capazes de magoar o empregado na sua dignidade pessoal serão tidos como atentatórios à honra, enquanto a ofensa à boa fama implica expor o trabalhador ao desprezo de

³⁶⁷ FURTADO, 2006, p. 32.

³⁶⁸ FURTADO, 2006, p. 34.

³⁶⁹ FURTADO, 2006, p. 34.

outrem”³⁷⁰. O artigo 483, ao proibir o tratamento com rigor excessivo, limita o poder diretivo, protegendo, de certa forma, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Alice Monteiro de Barros destaca que a legislação ordinária que tutela a intimidade e a privacidade dos trabalhadores ainda é muito tímida, principalmente quando comparada com a legislação de outros países europeus, por exemplo, o Estatuto dos Empregados da Espanha e o Estatuto dos Empregados da Itália (Lei n. 300.70)³⁷¹.

A intimidade e a privacidade dos trabalhadores devem ser tuteladas não só durante o contrato de trabalho, mas também na fase pré-contratual. Muitas vezes, o obreiro acaba abdicando da sua intimidade nas entrevistas de emprego e fornece informações desnecessárias, pois necessita do emprego para a sua subsistência e a de sua família. Assim, indagações feitas pelo empregador de caráter político, religioso, origens raciais, atividades sindicais, são consideradas atentatórias uma vez que não possuem relação com a natureza do serviço que será prestado³⁷².

A partir daí, analisa-se a hipótese de irrenunciabilidade dos direitos de personalidade pelo trabalhador. Gediel acredita que somente a partir de elementos externos, como o interesse social e o interesse de mercado, o trabalhador vai adquirir uma relevância jurídica dissociada do trabalho³⁷³.

O caráter instrumental e patrimonialista do Direito do Trabalho dificulta a aplicação dos direitos de personalidade aos contratos laborais. Esse caráter é resultante da importância do trabalho para a economia de mercado e dificulta o livre exercício dos direitos de personalidade na relação trabalhista.

A promulgação da Carta Magna de 1988 propôs a estruturação do ordenamento jurídico tendo como base a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Elevou os valores sociais do trabalho a fundamento da República, e os direitos sociais dos trabalhadores a direitos fundamentais.

Cabe, então, ao Estado Democrático de Direito intervir nas relações

³⁷⁰ BARROS, 1997, p. 33.

³⁷¹ BARROS, 1997, p. 34.

³⁷² VICENTE, Nilza Maria; JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila. Direito à intimidade nas relações de trabalho. Porto Alegre: **Síntese Trabalhista**, v.12, n. 143, maio 2001, p. 16.

³⁷³ GEDIEL, 2006, p. 155.

jurídicas, sejam elas laborais ou não, de modo a garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados e, conseqüentemente, seja garantida a Carta Magna.

Gediel propõe que a autonomia privada é estabelecida no texto constitucional através de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, como é o caso do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no inciso XIII do artigo 5º³⁷⁴.

A autonomia privada pode colidir com outros princípios constitucionalmente estabelecidos; entretanto os direitos fundamentais devem servir de limites para a autonomia privada, ao mesmo tempo em que a própria autonomia privada poderá interferir no exercício dos direitos fundamentais. O exercício da atividade econômica também deve ser limitado pelos direitos fundamentais e deve respeitar, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

O controle das relações patrimoniais civilistas que aparece desde o final do século XIX é um importante instrumento para chegar ao tratamento ideal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Há um bom tempo os civilistas têm adequado os contratos à sua função social, limitado a autonomia privada e impedido o manifesto prejuízo daquele que está em uma situação econômica desfavorável. Para tanto, têm sido observados o princípio da boa-fé, os bons costumes, o dirigismo e a justiça contratual, bem como a busca do judiciário para garantir o cumprimento da função social dos contratos.

Em relação à percepção da função social dos contratos, destaca-se a contribuição de Manuel Galdino da Paixão Júnior. O autor esclarece que a constatação da vulnerabilidade do consumidor do final do século XX contribuiu para a regulamentação das relações de consumo, assemelhando-se ao fenômeno constatado no século XIX, que resultou no aparecimento da normatização do trabalho subordinado³⁷⁵.

O trabalhador tem garantida a proteção à sua intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X, CF) também no âmbito de suas relações laborais. Não se pode supor que um trabalhador possa ter violada a sua dignidade, a sua

³⁷⁴ GEDIEL, 2006, p. 158.

³⁷⁵ PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. O direito processual comum como fonte do direito processual do trabalho. In: Sena, Adriana Goulart de, et all, (Coord.). **Processo do trabalho atual e temas conexos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 116.

intimidade e a sua vida privada - os direitos fundamentais são estendidos a todo e qualquer ser humano.

Outro ponto importante é a ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais (CF, art. 5º, V e X e CC/2002, art. 186) que podem advir da violação da intimidade dos obreiros. As agressões aos direitos de personalidade resultam em danos morais que são passíveis de ressarcibilidade. A averiguação do “*quantum indenizatório*” deverá ser feita pelo magistrado competente, que possui a tarefa de averiguar a extensão do dano. O dano moral pode interferir em diversas dimensões da vida do indivíduo, podendo causar abalos em sua vida pessoal, social, familiar, entre outros.

Acerca da ressarcibilidade dos danos causados à personalidade dos trabalhadores, José Afonso Dallegrave, citado por Giovanny Cocicov, pondera que:

Quanto aos danos civis e laborais, cabe ao empregador a reparação integral. No campo da responsabilidade civil impera o princípio *restitutio in integrum* (NCC, art. 944): ‘a indenização mede-se pela extensão do dano’. Há que se balizar o dano material e moral, este também chamado extrapatrimonial. O primeiro é suscetível de valoração econômica, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante (NCC, art. 1059). O dano extrapatrimonial decorre de ofensa à personalidade da vítima e da dor moral que lhe é impingida.³⁷⁶ (grifo do autor)

A respeito da colisão entre a intimidade e os avanços tecnológicos, Paulo José da Costa Junior, citado por Edoardo Giannotti, assinala bem que

O processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica. As conquistas desta era destinaram-se, em tese, a enriquecer a personalidade, ampliando-lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, aprofundando o conhecimento, multiplicando e disseminando a riqueza, revelando e promovendo novos rumos de acesso ao conforto. Concretamente, todavia, o que se verifica é que o propósito dos inventores, cientistas, pesquisadores, sofre um desvirtuamento, quando se converte de idéia benéfica, em produto de consumo. A revolução tecnológica, sempre mais acentuadamente, ganha um dinamismo próprio, desprovido de diretrizes morais, conduzido por um cientificismo ao qual são estranhas, e mesmo desprezíveis, quaisquer preocupações éticas, metafísicas e humanísticas. Torna-se cega e desordenada,

³⁷⁶ DALLEGRAVE, José Afonso *apud* COCICOV, 2008, p. 99.

subtraindo-se ao controle até mesmo dos sábios que a desencadeiam.³⁷⁷

As ferramentas resultantes do avanço tecnológico logo são introduzidas na relação de trabalho e, com certeza, trazem muitos benefícios como o aumento da produtividade, a rápida e constante troca de informações, dentre outras, entretanto, é preciso destacar que também surgem efeitos negativos. A colisão existente entre os direitos fundamentais dos obreiros e o poder diretivo do empresariado, decorrente do direito de propriedade, torna-se cada vez mais recorrente, como será demonstrado nos capítulos seguintes. Primeiramente, necessário esclarecer o processo de horizontalização dos direitos fundamentais.

3.5 A horizontalização dos direitos fundamentais

No período pós-guerra, marcado pelo surgimento das Constituições Democráticas de diversos Estados, houve uma mudança de paradigma no que tange ao cumprimento de prestações apenas pelo Estado, nascendo, então, um dever de reciprocidade também entre os indivíduos.

Jane Reis Gonçalves Pereira ressalta que a consolidação da constituição como norma suprema e fundamental abalou a visão do Estado como único destinatário dos direitos fundamentais³⁷⁸. A respeito do assunto, André Rufino do Vale, citado por Douglas Policarpo, manifesta-se no seguinte sentido:

Com efeito, a gradual desconstrução do modelo liberal de dicotomia entre sociedade e Estado impôs uma nova estrutura à relação jurídica fundamental: ao lado do modelo liberal clássico *indivíduo*-Estado, passou-se a considerar a relação *indivíduo*-indivíduo. Trata-se do ponto de mutação mais importante ao longo da história de afirmação

³⁷⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 1-2.

³⁷⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, In BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª edição, 2008, p. 132.

dos direitos fundamentais, surgindo daí a obrigatoriedade desses direitos também nas relações privadas. Com isso, foi possível reconhecer nos direitos fundamentais não só uma *dimensão* subjetiva, pela qual os direitos, liberdade e garantias representam direitos subjetivos de defesa perante os poderes estatais; mas uma *dimensão* objetiva, com eficácia irradiante em várias direções que não somente o Estado.³⁷⁹ (grifos do autor)

Na mesma esteira, Lucas Lixinski ressalta que os direitos fundamentais possuem eficácia na relação entre os entes privados, ultrapassando o entendimento de que somente aplicavam-se tais direitos na relação indivíduo-Estado, tratando não somente da sua eficácia negativa, mas também de uma eficácia positiva. Lixinski pontua que:

Se, por um lado, os direitos fundamentais visavam inicialmente à proteção dos indivíduos contra o Estado, verifica-se que nas relações entre privados ocorrem graves violações dos direitos fundamentais, fazendo necessário o surgimento de uma categoria de direitos capaz de proteger o indivíduo também contra os demais particulares. Isso não pode ser percebido até meados do século XX, quando passa a ser reconhecida a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (...).³⁸⁰ (grifos nossos)

Nos Estados Unidos houve uma discussão acerca da aplicação dos direitos civis nas relações privadas entre 1944 e 1948, período em que a Suprema Corte norte-americana julgou alguns casos que pretendiam a apreciação de atos particulares à luz da 14^a Emenda³⁸¹. Foi estabelecida uma solução denominada “*state action doctrine*”, segundo a qual seria admitida a aplicação dos direitos nas relações privadas, nas situações em que a violação pudesse ser tratada como uma ação estatal³⁸².

Tal equivalência tende a ser reconhecida pela Suprema Corte quando o ato lesivo é praticado com “algum tipo de participação ou influência do Estado, bem como quando os poderes privados, em seu conteúdo, mostram-se semelhantes às ações praticadas pelo Estado”³⁸³.

³⁷⁹ VALE, André Rufino do *apud* POLICARPO, Douglas. Evolução do trabalho e seu valor como expressão da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Porto Alegre: **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v. 17, n. 211, jan. 2007, p. 105.

³⁸⁰ LIXINSKI, 2006, p. 205-206.

³⁸¹ PEREIRA, 2008, p. 133.

³⁸² PEREIRA, 2008, p. 133.

³⁸³ PEREIRA, 2008, p. 169.

De acordo com diversos autores, a concepção em comento foi abordada primeiramente no direito alemão, por Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, no ano de 1961³⁸⁴.

Apesar da abordagem norte-americana, o direito alemão abordou o tema de forma mais profunda e a sua solução foi mais radical. O alemão Hans Carl Nipperdey reconheceu a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros (*Drittwirkung der grundrecht*), além de afirmar que tal eficácia seria imediata (*unmittelralbe Drittwirkung*). O Tribunal Superior do Trabalho Alemão acolheu a tese de Hans Carl Nipperdey, diferentemente do Tribunal Constitucional Alemão, que defendeu a tese da eficácia mediata (*mitteralbe Drittwirkung*) dos direitos fundamentais perante terceiros³⁸⁵.

A denominação “*Drittwirkung der grundrecht*” sofre diversas críticas. Uma das críticas feitas aponta para o significado de *dritte*, que é terceiro, alegando que sua utilização é errônea, uma vez que não leva em conta que o “terceiro” também é titular de direitos, assim, não seria possível equiparar a vinculação do particular com o Estado sem fazer uma distinção rigorosa³⁸⁶.

Outra crítica tecida propõe que não seria possível falar em um terceiro nível de eficácia, o correto seria falar de um segundo nível de vinculação, que diz respeito às relações horizontais: entre os particulares, em contraponto à relação vertical: entre particulares e Estado³⁸⁷. Esta última tese deu origem ao termo “*horizontalwirkung*”, que significa eficácia horizontal dos direitos fundamentais³⁸⁸.

A teoria da eficácia imediata, desenvolvida por Nipperdey, propõe que existe uma vinculação direta entre as relações privadas e os direitos fundamentais, tais direitos teriam uma incidência direta nas relações de direito privado em que se configurem relações de poder³⁸⁹. Nipperdey defende a idéia de que a Lei Fundamental de Bonn veicula uma ordem objetiva de valores, formando uma unidade, entretanto, discorda da noção de que “o efeito irradiante dos direitos se propaga nas relações particulares por meio das

³⁸⁴ LIXINSKI, 2006, p. 205.

³⁸⁵ LIXINSKI, 2006, p. 205.

³⁸⁶ ESTRADA, Alexei Julio *apud* PEREIRA, 2008, p. 134.

³⁸⁷ PEREIRA, 2008, p. 134.

³⁸⁸ PEREIRA, 2008, p. 135.

³⁸⁹ PEREIRA, 2008, p. 157.

cláusulas gerais de direito civil”³⁹⁰, tese que prevaleceu no caso Luth, que será analisado adiante. Nipperdey ressalta que não é necessário nenhum “meio” para a aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que o efeito jurídico é uno, direito e normativo³⁹¹.

O Tribunal Federal do Trabalho Alemão reconheceu a tese da eficácia direta e imediata em algumas de suas decisões. Em 1957 foi julgado um caso no qual foi reconhecida a invalidade de cláusula contratual, que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado caso estas viessem a contrair patrimônio, a decisão baseou-se em preceitos constitucionais³⁹².

Cabe ressaltar que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais não afastam a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em conflito no caso concreto, ao contrário, afirmam a necessidade de ponderar os direitos fundamentais com a autonomia privada³⁹³, ficando evidente que não se trata de uma teoria radical.

A teoria da eficácia mediata foi defendida por Gunther Durig e acolhida pela Corte Constitucional Alemã³⁹⁴. Diferentemente da teoria imediata, a mediata afirma que a dimensão objetiva não acarreta a incidência direta dos direitos fundamentais, mas sim a necessidade de que sejam levadas em consideração pelo Estado na atividade legislativa, bem como na interpretação do direito privado³⁹⁵. Assim, a mediação seria feita pelo legislador ao concretizar a norma constitucional, e pelo juiz ao interpretar o direito segundo os direitos fundamentais. Para esta teoria, o reconhecimento da eficácia direta importaria no esvaziamento da autonomia privada³⁹⁶.

Na Espanha, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais é majoritária e um de seus principais expoentes é Bilbao Ubillos. Bilbao Ubillos afirma que existem certos direitos fundamentais, cuja estrutura pressupõe a

³⁹⁰ PEREIRA, 2008, p. 158.

³⁹¹ PEREIRA, 2008, p. 159.

³⁹² SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 3ª Edição, 2008, p. 221.

³⁹³ SARMENTO, 2008, p. 221.

³⁹⁴ PEREIRA, 2008, p. 159.

³⁹⁵ PEREIRA, 2008, p. 160.

³⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de *apud* PEREIRA, 2008, p. 160.

eficácia horizontal imediata, como é o caso dos direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião³⁹⁷. Assim, alguns direitos fundamentais somente vinculariam o Estado, sendo necessária a realização de uma análise em cada caso, além de existir também a necessidade de ponderação dos direitos com a autonomia privada do particular³⁹⁸.

Pedro de Vega Garcia considera a eficácia horizontal imediata como um mecanismo de correção das desigualdades sociais existentes, uma vez que liberdade constitucional e autonomia privada não se confundem³⁹⁹. Na mesma linha, Rafael Naranjo de La Cruz propõe que no contexto em que os poderes privados representam uma ameaça para a liberdade humana, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é imprescindível⁴⁰⁰.

Na Espanha, o chamado “recurso de amparo” é utilizado para levar questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ao Tribunal Constitucional Espanhol. O recurso é utilizado em casos de violação dos direitos pelo Poder Público, entretanto, foi feita interessante construção jurisprudencial, no sentido de que a ofensa praticada pelo particular é de responsabilidade do Poder Judiciário, uma vez que este não protegeu adequadamente o direito em sua prestação jurisdicional⁴⁰¹.

Em Portugal, a doutrina majoritária também adota a tese da eficácia direta, tendo como um dos expoentes José Carlos Vieira de Andrade. O autor ressalta que deve haver uma conciliação entre a justiça social e a autonomia privada, que são valores da constituição lusitana, e defende que nas relações privadas, onde estão presentes os “poderes privados”, a eficácia dos direitos fundamentais deve ser direta e imediata⁴⁰². Assim, o autor afirma que nos casos em que exista desigualdade de poder entre as partes, e houver uma relação de sujeição entre elas, uma das partes será detentora de direitos subjetivos oponíveis à outra parte⁴⁰³.

³⁹⁷ UBILLOS, Bilbao *apud* SARMENTO, 2008, p. 222.

³⁹⁸ UBILLOS, Bilbao *apud* SARMENTO, 2008, p. 222-223.

³⁹⁹ GARCIA, Pedro de Vega *apud* SARMENTO, 2008, p. 223.

⁴⁰⁰ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael *apud* SARMENTO, 2008, p. 223.

⁴⁰¹ SARMENTO, 2008, p. 224.

⁴⁰² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de *apud* SARMENTO, 2008, p. 231.

⁴⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de *apud* SARMENTO, 2008, p. 231.

José Carlos Vieira de Andrade reconhece a proteção da autonomia privada e afirma que, em casos de conflito entre o direito fundamental e a autonomia privada, em princípio deve a autonomia prevalecer, desde que com isto “não se prejudique intoleravelmente a ideia da dignidade humana”⁴⁰⁴.

Neste ponto, discorda-se do autor, uma vez que em princípio deveria ser estabelecido o respeito à dignidade da pessoa humana, acima da autonomia privada. Cabe salientar que para Vieira de Andrade, nos casos em que não houver assimetria na relação entre as partes, a eficácia deverá ser indireta.

É possível afirmar que na Itália a jurisprudência da Corte Constitucional aderiu à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, Léopoldo Élia, integrante do Tribunal, citado por Sarmento, afirma que:

[...] a Corte reconheceu que as garantias estabelecidas para as liberdades fundamentais pela Constituição se aplicam às relações particulares ou privadas (*Drittwirkung*): por consequência, o exercício das liberdades deve ser salvaguardado mesmo no interior dos diferentes organismos sociais como a família, a empresa e a fábrica.⁴⁰⁵ (grifos nossos)

Na França, a questão da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas não é objeto de muitos debates, entretanto, diversos autores manifestam-se tanto a favor da teoria da eficácia imediata, quanto da mediata. Os franceses Jean Rivero e Louis Favoreau defendem a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais à seara privada, Jane Pereira sublinha o entendimento de Rivero,

[...] não pode subsistir na sociedade uma “dupla ética”, que vede certos comportamentos aos poderes públicos, porque atentatórios aos direitos fundamentais, mas os aceite quando praticados por personagens privados. Por isso, e considerando que nas sociedades modernas existe ampla desigualdade de fato entre os indivíduos, ele sustenta a plena vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos de *apud* SARMENTO, 2008, p. 232.

⁴⁰⁵ ÉLIA, Léopoldo *apud* SARMENTO, 2008, p. 233.

⁴⁰⁶ RIVERO, Jean *apud* SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª Edição, 2008, p. 219.

Outra questão importante na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é a teoria dos deveres de proteção do Estado, que surgiu no direito germânico com o desenvolvimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O Estado, além de ter o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, também tem o dever de garantir que os outros cidadãos, da mesma forma, os respeitem⁴⁰⁷. Esta teoria propõe que cabe ao legislador conciliar a autonomia privada e os direitos fundamentais, e não ao Judiciário; apesar de resguardar a intervenção do Judiciário através do controle de constitucionalidade, quando o legislador não proteger o direito fundamental adequadamente⁴⁰⁸. Os seus principais autores e defensores são Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris⁴⁰⁹.

Robert Alexy concilia as três doutrinas: da eficácia mediata, da eficácia imediata e dos deveres de proteção do Estado, e afirma que todas podem conduzir a resultados equivalentes, uma vez que todas levam em consideração que na relação entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais e reconhecem que a gradação dos direitos fundamentais decorre de uma ponderação de interesses⁴¹⁰.

Alexy propõe uma teoria para solucionar a questão: um modelo de três níveis de efeitos: nível dos deveres do Estado – sendo aplicada a teoria do efeito mediato; nível dos direitos frente ao Estado – incidência da teoria dos deveres de proteção; e nível da relação entre sujeitos privados – aplicação da teoria da eficácia imediata⁴¹¹. A respeito da autonomia privada, Alexy afirma que a aplicação dos direitos fundamentais não seria feita de forma absoluta, sendo certa a necessidade de uma ponderação de interesses⁴¹².

Pérez Luño ressalta que a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares somente foi possível com a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, sendo que tal aplicabilidade objetiva reduzir as desigualdades entre as pessoas, buscando uma igualdade

⁴⁰⁷ PEREIRA, 2008, p. 162.

⁴⁰⁸ SARMENTO, 2008, p. 239.

⁴⁰⁹ SARMENTO, 2008, p. 236.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert *apud* SARMENTO, 2008, p. 242.

⁴¹¹ ALEXY, Robert *apud* SARMENTO, 2008, p. 243.

⁴¹² ALEXY, Robert *apud* SARMENTO, 2008, p. 243.

material⁴¹³. No Estado Liberal partia-se da premissa de que todos eram iguais perante a lei, estabelecendo-se as relações privadas entre indivíduos livres, iguais e autônomos, sendo inviável o desenvolvimento de uma tese que abordasse a incidência dos direitos fundamentais na órbita privada.

Jane Reis Gonçalves Pereira destaca que a transição para o Estado Social de Direito rompeu com algumas barreiras à incidência dos direitos fundamentais na relação privada, quais sejam: a estanque separação entre Estado e sociedade civil; a igualdade formal; e a neutralidade do Estado em face da dinâmica social⁴¹⁴.

De acordo com Jane Pereira, outros dois fatores contribuíram decisivamente para a disseminação da tese de que os direitos fundamentais são aplicados nas relações entre particulares, quais sejam: a constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo do Estado, manifestando-se também na sociedade civil; e a compreensão da constituição como “ordem de valores da comunidade”, ou seja, “como estatuto axiológico que visa a ordenar todas as esferas da vida social, razão por que as relações entre pessoas privadas devem também guardar conformidade com os valores nela enunciados”⁴¹⁵.

A autora assinala bem que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é intrinsecamente ligada à sua aplicação nas relações particulares, uma vez que as duas teorias foram adotadas na doutrina de forma simultânea e interligada⁴¹⁶. Jane Pereira explica que o caráter objetivo dos direitos fundamentais foi articulado no caso Luth, em que se resolvia uma questão relativa à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas⁴¹⁷.

O caso Luth⁴¹⁸ foi julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1958, sendo reconhecida na decisão a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

⁴¹³ LUÑO, Pérez *apud* SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, 69-11, novembro/2005, p. 1292.

⁴¹⁴ PEREIRA, 2008, p. 143.

⁴¹⁵ PEREIRA, 2008, p. 144.

⁴¹⁶ PEREIRA, 2008, p. 154.

⁴¹⁷ PEREIRA, 2008, p. 154.

⁴¹⁸ O caso Luth originou-se em 1950, quando “o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Luth, defendeu, em discurso feito perante produtores e distribuidores da indústria cinematográfica, que fosse feito um boicote ao filme “Unsterblich Gelibete” (Amante Imortal), dirigido por Veit Harlam, em virtude deste cineasta ter elaborado filme de conotação na época de Hitler. A produtora do filme de Harlam recorreu ao Tribunal de Hamburgo

Na decisão, foi consignado que a Lei Fundamental estabeleceu “na parte dedicada aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores”⁴¹⁹, que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana e reforça a validade dos direitos fundamentais⁴²⁰.

Segundo Jane Pereira, na sentença do caso em comento, “deduziu-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais um *efeito de irradiação* destes sobre todo o sistema normativo”⁴²¹. (grifos da autora)

A autora completa afirmando que a consequência mais importante do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a sua aplicação nas relações privadas⁴²².

Salvador Del Rey Guanter, citado por Zeno Simm, assinala que este processo de horizontalização dos direitos fundamentais corresponde a uma etapa de evolução do ordenamento jurídico em geral e do constitucionalismo em particular⁴²³. Após obter um mínimo de proteção frente ao Estado, o indivíduo preocupa-se com as relações privadas.

Salvador Guanter propõe que o *Drittwirkung* nasceu a partir de duas necessidades, quais sejam: “a primeira é a de manter uma coerência interna no ordenamento; a segunda, decorrente do fato de que ao poder público resultou a competência de poderes econômicos e sociais fáticos”⁴²⁴.

A Constituição Republicana de 1988 vincula o particular, que fica obrigado ao respeito aos direitos fundamentais, e, como assinala Lixinski, a mesma vinculação constitucional deve ser aplicada no âmbito exclusivamente privado⁴²⁵, ou seja, deve ser aplicada também no âmbito civil, e,

objetivando que fosse determinado a Luth que cessasse a conclamação ao boicote, com fundamento no art. 826 do Código Civil (*Quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano*). A demanda foi acolhida pelo Tribunal, o que ensejou a interposição de recurso perante a Corte Constitucional, que, por sua vez, reformou a sentença entendendo ter havido violação ao direito fundamental de Luth à liberdade de expressão”, in PEREIRA, 2008, p. 164-165.

⁴¹⁹KOMMERS, Donald P. *apud* PEREIRA, 2008, p. 152.

⁴²⁰PEREIRA, 2008, p. 152.

⁴²¹PEREIRA, 2008, p. 153.

⁴²²PEREIRA, 2008, p. 154.

⁴²³GUANTER, Salvador del Rey *apud* SIMM, Zeno, 2005, p. 1293.

⁴²⁴GUANTER, Salvador del Rey *apud* SIMM, Zeno, 2005, p. 1293.

⁴²⁵LIXINSKI, 2006, p. 207.

primordialmente, no âmbito laboral. O Supremo Tribunal Federal têm adotado a tese da eficácia imediata em suas decisões⁴²⁶.

Bilbao Ubillos, citado por Jane Pereira, ressalta que a idéia de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, somente é possível através da mediação do legislador e da interpretação do juiz, entra em colisão com a premissa de normatividade da Constituição⁴²⁷. Assim, se levado em consideração o caráter normativo da Constituição, seria impossível rechaçar a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Ademais, já é pacífico que os direitos fundamentais são limitados e relativos, em decorrência da unidade da constituição, o que elide a crítica que aponta os riscos nos casos de aplicação irrestrita dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não possuem apenas a eficácia vertical (indivíduo-Estado), mas também a eficácia horizontal, estabelecida entre os próprios particulares que, claramente, aplica-se às relações laborais. Assim, os particulares também estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais. No âmbito laboral especificamente, o empregador deve respeitar os direitos de personalidade de seus empregados, da mesma forma que o contrário é verdadeiro.

A Carta Magna prevê, em diversos de seus artigos, direitos voltados aos particulares, por exemplo, o artigo 7º, que trata dos direitos trabalhistas, sendo considerada uma Carta “pródiga na garantia de prestações sociais”⁴²⁸.

Daniel Sarmento assinala bem que a Constituição Brasileira favorece as interpretações que adotam a teoria da eficácia imediata/direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que não há nela dispositivo que sugira a vinculação dos direitos fundamentais apenas aos poderes públicos, nem que afaste ou limite os particulares do pólo passivo de certos direitos⁴²⁹.

Ademais, Daniel Sarmento afirma que seu artigo 5º transmite a idéia de uma vinculação passiva universal⁴³⁰. A desigualdade social existente no Brasil não pode ser menosprezada, sendo certo que tal fator justifica a necessidade

⁴²⁶ PEREIRA, 2008, p. 181.

⁴²⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María *apud* PEREIRA, 2008, p. 185.

⁴²⁸ SARMENTO, 2008, p. 246.

⁴²⁹ SARMENTO, 2008, p. 247.

⁴³⁰ SARMENTO, 2008, p. 247.

de uma tutela efetiva dos direitos fundamentais na esfera particular. Por fim, Daniel Sarmiento sabiamente conclui que a aplicação da tese da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações particulares é não só uma questão de direito, “mas também de ética e justiça”⁴³¹.

Ingo Wolfgang Sarlet também reconhece a aplicação da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais na órbita particular, e salienta que cada caso que envolva a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deverá passar por um juízo de ponderação com o princípio da autonomia privada⁴³².

Carlos Roberto Siqueira de Castro e Gustavo Tepedino acompanham Sarlet e reconhecem a tese da eficácia direta, além de afirmarem que tal tese possui fundamento na dignidade da pessoa humana⁴³³. Gustavo Tepedino, citado por Sarmiento, propõe que a cláusula geral da dignidade da pessoa humana é “capaz de incidir (...) em todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo”⁴³⁴.

Salvador del Rey Guanter ao discorrer acerca da questão da horizontalização dos direitos fundamentais, afirma que pela natureza da relação trabalhista, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades, na medida em que se coloca a disposição do empregador, que o fiscaliza⁴³⁵. Por esta característica, o âmbito laboral mostrou-se favorável e propício a esta horizontalização dos direitos fundamentais: existe uma relação conflituosa envolvendo os direitos fundamentais dos obreiros e o poder empresarial.

Zeno Simm, citando o autor espanhol Valdés Dal Ré, assevera que os direitos inerentes à pessoa humana, de que o trabalhador é portador, ou melhor, qualquer ser humano é portador, são prévios a um eventual contrato laboral celebrado e possuem um valor superior aos direitos que podem ter sido acordados no contrato⁴³⁶.

⁴³¹ SARMENTO, 2008, p. 247.

⁴³² SARLET, Ingo Wolfgang *apud* SARMENTO, 2008, p. 257.

⁴³³ SARMENTO, 2008, p. 258.

⁴³⁴ TEPEDINO, Gustavo *apud* SARMENTO, 2008, p. 258.

⁴³⁵ GUANTER, Salvador del Rey *apud* SIMM, 2005, p. 1293.

⁴³⁶ DAL-RE, Fernando Valdés *apud* SIMM, 2005, p. 1293.

Cristóbal Molina Navarrete e Sofía Olarte Encabo assinalam bem que o desenvolvimento da horizontalização dos direitos fundamentais teve como espaço privilegiado o das relações trabalhistas⁴³⁷, o que não causa surpresa, uma vez que nesta seara é mais evidente a função dos direitos fundamentais de neutralizar ou compensar as posições desiguais.

Como já ressaltado, o princípio da socialidade, bem como o da eticidade, norteiam a previsão de diversos direitos fundamentais, determinando a superação do individualismo, “visando ao estabelecimento de parâmetros individuais, que por um lado estabelecem direitos, e ao mesmo tempo previnem uma possível ‘ditadura do indivíduo’”⁴³⁸.

Assim, evidencia-se cada vez mais a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que deve ser pautada pela preservação da vida em comunidade, do reconhecimento da imposição da relação entre os valores coletivos e os individuais, traduzindo a noção de que o direito é social.

Em relação à ofensa aos direitos fundamentais, Lixinski entende que deve ser feita uma adequação valorativa, ou seja, o ato ofensivo deve estar direcionado, de fato, à violação do direito fundamental⁴³⁹. Lixinski cita o exemplo dado por Antônio Menezes Cordeiro: “a não celebração de um contrato de trabalho não traduz, por falta de adequação valorativa, um atentado à vida do possível trabalhador – ainda que, de facto, possa sê-lo”⁴⁴⁰.

Lixinski, seguindo a linha de Antônio Menezes Cordeiro, afirma que existe, ainda, uma limitação funcional, que seria “o entendimento de que os direitos fundamentais realizam-se em determinado domínio, e com limites pré-estabelecidos, que, uma vez aceitos pelo titular, não podem ser alegados como limitação”⁴⁴¹. Como exemplo, Menezes Cordeiro esclarece a situação do maestro de uma orquestra: “o maestro que aceite dirigir a orquestra de ópera não pode, ao abrigo da liberdade artística, modificar sem mais a índole do agrupamento”⁴⁴².

⁴³⁷ ENCABO, Sofía Olarte; NAVARRETE, Cristóbal Molina *apud* SIMM, 2005, p. 1293.

⁴³⁸ LIXINSKI, 2006, p. 207.

⁴³⁹ LIXINSKI, 2006, p. 206.

⁴⁴⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes *apud* LIXINSKI, 2006, p. 206.

⁴⁴¹ CORDEIRO, Antônio Menezes *apud* LIXINSKI, 2006, p. 206.

⁴⁴² CORDEIRO, Antônio Menezes *apud* LIXINSKI, 2006, p. 206.

Zeno Simm destaca que nos últimos 25 anos, principalmente na Europa, tem-se observado a existência de uma luta pelas liberdades individuais e propõe que, segundo Fernando Valdés, as causas deste fenômeno podem ser divididas em três esferas⁴⁴³.

A primeira diz respeito ao fato de o trabalhador ter reencontrado a sua própria individualidade e estar se redescobrendo como uma pessoa trabalhadora. Afirma o autor que um aspecto negativo deste fato é o ressurgimento de instrumentos civilistas, mas um aspecto positivo é o conhecimento dos direitos individuais, que passam a ser exigidos de forma mais enfática, sendo necessário, cada vez mais, o uso de instrumentos para proteger os direitos fundamentais⁴⁴⁴.

Em segundo lugar: a revolução tecnológica, a reestruturação produtiva, a introdução de novas tecnologias no ambiente laboral. A reestruturação produtiva resulta em uma descentralização, que desmembra a empresa tradicional e cria novos grupos empresariais. As novas tecnologias invadindo a liberdade e a intimidade dos empregados de formas cada vez mais complexas e a conseqüente necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, o autor propõe que a terceira causa são os fenômenos decorrentes do multiculturalismo, apontando o fato de os imigrantes começarem a reivindicar o reconhecimento de suas diferenças frente a um Direito do Trabalho que adequa-se aos seus padrões sociais, e assim é padronizado⁴⁴⁵.

Zeno Simm salienta que o Direito do Trabalho vem passando por diversas transformações, dentre as quais uma diminuição de normas de origem estatal, e, ao mesmo tempo, as forças sindicais vêm enfraquecendo, o que prejudica a produção de normas coletivas⁴⁴⁶. A conjugação destes fatores resulta em uma busca, por parte dos trabalhadores, dos direitos na Constituição; assim, os direitos fundamentais são utilizados com o intuito de restabelecer as desigualdades existentes na relação laboral, tornando-se ainda mais essenciais.

⁴⁴³ DAL-RE, Fernando Valdés *apud* SIMM, 2005, p. 1294.

⁴⁴⁴ DAL-RE, Fernando Valdés *apud* SIMM, 2005, p. 1294.

⁴⁴⁵ DAL-RE, Fernando Valdés *apud* SIMM, 2005, p. 1294.

⁴⁴⁶ SIMM, 2005, p. 1295.

Salvador Del Rey Guanter afirma que um fator que fomentou a aplicação dos direitos fundamentais às relações laborais foi a coincidência existente entre esses direitos e o próprio contrato de trabalho, uma vez que ambos possuem um caráter antropocêntrico⁴⁴⁷.

A proteção à dignidade da pessoa humana, à intimidade e à privacidade, estabelece uma correlação entre a Constituição e o ordenamento laboral. O trabalho é um âmbito de extrema importância para que o indivíduo se possa afirmar socialmente, além de desenvolver sua personalidade e até mesmo sua liberdade. É importante ressaltar que o trabalho está condicionado aos direitos fundamentais, devidamente protegidos pela Carta Magna.

A acumulação e concentração de capital acabaram gerando uma desigualdade entre os contratantes, que atinge de forma significativa os contratos de trabalho. Daí a importância do novo contratualismo, que se desvincula do paradigma liberal.

É de extrema importância que a tutela jurídica ultrapasse a garantia da autonomia privada e passe a reger os contratos, estabelecendo limites aos abusos que decorrem do exercício do Poder diretivo empresarial, especialmente no que se refere aos casos de violação da intimidade e da vida privada dos empregados.

⁴⁴⁷ GUANTER, Salvador del Rey *apud* SIMM, 2005, p. 1296.

4 – PODER FISCALIZATÓRIO EMPRESARIAL: SUAS POTENCIALIDADES E LIMITAÇÕES NA ORDEM JURÍDICA

4.1 Poder fiscalizatório empresarial: caracterização

O Poder empregatício é um dos mais relevantes efeitos decorrentes da celebração do contrato de trabalho e apresenta-se em diversas dimensões: diretiva, regulamentadora, fiscalizatória e disciplinar⁴⁴⁸. O empregador beneficia-se desse poder, que lhe garante uma grande influência nas relações socioeconômicas decorrentes da relação de trabalho, e possui relevância na sociedade, como restará demonstrado. *Ab initio*, adentra-se no fenômeno do poder especificamente.

Maurício Godinho Delgado destaca que o poder é o fenômeno que ocupa posição de destaque em qualquer ramo que estude as relações humanas, e completa:

No conhecimento mais sensitivo que, embora representando experiências coletivas ou individuais, submete-se também à potencialidade criadora do intérprete – como as artes -, o poder elege-se tradicionalmente como inspiração à obra figurada. No conhecimento sistemático, submetido a regras claras e objetivas de apropriação e vinculação dos fatos e conceitos enfocados – como as ciências -, o poder se elege repetidamente como objeto reflexivo de destaque.⁴⁴⁹

Delgado afirma que o poder possui um caráter multidimensional enquanto instrumento de inspiração ou objeto de reflexão sistemática e objetiva, sendo que esta característica manifesta-se no contexto das relações humanas, tanto interindividuais como aquelas situadas no conjunto societário⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006b, p. 628.

⁴⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p. 25.

⁴⁵⁰ DELGADO, 1996, p. 25.

Acerca da inserção do poder na sociedade, Maurício Godinho Delgado acentua que:

[...] o fenômeno do poder, em suas diversas áreas e projeções, é um dos mais relevantes e recorrentes na experiência histórico-social do homem. Em qualquer relação minimamente constante (e mesmo em inúmeros contatos apenas episódicos) entre duas ou mais pessoas ou grupos sociais mais amplos, o fenômeno do poder desponta como elemento central. Seja na dimensão estritamente interindividual, seja na dimensão que se estende cada vez mais ao universo societário, o poder surge como componente decisivo da experiência humana.

Octavio Bueno Magano destaca que os conceitos formulados de poder normalmente baseiam-se em torno das idéias da “posse, da força, da vontade, da obediência e da influência”⁴⁵¹.

Magano acentua que existem dois tipos de poder: o coercitivo e o consensual⁴⁵². O poder coercitivo está presente nas situações em que a adesão àquela determinada decisão é feita de forma coercitiva, autoritária e unilateral, por sua vez o consensual acontece por vontade livre e espontânea.

Maurício Delgado, citando Norberto Bobbio, ressalta que é recorrente a diferenciação entre poder econômico, político e ideológico⁴⁵³, e propõe que a estes deve ser acrescentado o Poder empregatício. O Poder empregatício, para o autor, apesar de se apresentar como relevante face do poder econômico, possui aspectos que o aproximam dos poderes político e ideológico, “formando uma combinação capaz de lhe conferir identidade específica”⁴⁵⁴. Delgado assinala bem que o poder não se limita apenas às relações do homem integrado à política, mas assume diversas dimensões na dinâmica da sociedade⁴⁵⁵.

Maurício Godinho Delgado assinala que o caráter multidimensional do poder é ainda mais evidente na sociedade contemporânea, pois:

[...] os últimos dois séculos da sociedade ocidental têm se constituído na experiência societária que maior número e intensidade de

⁴⁵¹ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 1.

⁴⁵² MAGANO, 1982, p. 5.

⁴⁵³ BOBBIO, Norberto *apud* DELGADO, 1996, p. 26.

⁴⁵⁴ DELGADO, 1996, p. 26.

⁴⁵⁵ DELGADO, 1996, p. 27.

situações sócio-políticas díspares e relevantes têm produzido em um mesmo contexto social⁴⁵⁶.

Maurício Godinho Delgado destaca que Marx foi um dos primeiros a enfatizar o caráter multifacetário do poder político. Segundo Delgado,

Com Marx a temática da política e do poder desloca-se do plano meramente formal institucional – em que sempre esteve segregada na ótica da Filosofia Política precedente, inclusive com Maquiavel e Hobbes -, passando ao plano das relações sociais. O Estado (ou mais restritamente o governo, como já dividira Maquiavel) deixa de ser o palco privilegiado (ou exclusivo) das ações e dinâmica políticas, transferindo-se a dimensão mais relevante dessa dinâmica ao processo societário correspondente.⁴⁵⁷

Evidencia-se, então, que a manifestação do poder não é exclusiva do Estado, mas também está presente na sociedade civil, e percebe-se que com a evolução da sociedade esta característica tende a ser mais comum nas relações sociais, principalmente nas laborais.

Para Marx, é o seu ser social que determina a sua consciência, e não o contrário⁴⁵⁸. Marx afirma que no plano societário ocorre a emergência de novos sujeitos políticos e, mais recentemente, tal fenômeno aconteceria na sociedade industrial⁴⁵⁹. Delgado ressalta que:

Trata-se da noção de sujeito coletivo, consubstanciada em atores sócio-políticos que somente se compreendem se integrados a uma lógica de interesses, propostas e atuação de matriz coletiva, global, com indistigível impacto societário. São os movimentos sociais, em geral, típicos à sociedade dos últimos cento e cinquenta anos, que se concretizam no movimento operário, no movimento socialista e, hoje, movimento feminista, de associação de bairro, etc. Todos emergindo e se afirmando a partir de instrumentos nitidamente coletivos de organização e conduta: sindicatos, partidos classistas, associações civis, movimentos de massa, etc.⁴⁶⁰

Maurício Godinho Delgado assinala bem que a vertente marxista produziu “obras díspares, quer enfatizando o reducionismo coercitivistista acerca do fenômeno do poder, quer incorporando uma concepção mais integral do

⁴⁵⁶ DELGADO, 1996, p. 52.

⁴⁵⁷ DELGADO, 1996, p. 53.

⁴⁵⁸ MARX, Karl *apud* DELGADO, 1996, p. 54.

⁴⁵⁹ MARX, Karl *apud* DELGADO, 1996, p. 54.

⁴⁶⁰ DELGADO, 1996, p. 54-55.

fenômeno”⁴⁶¹, vertentes estas que não serão objeto do estudo. Entretanto, cabe destacar a considerável contribuição ao desenvolvimento do poder de Michel Foucault⁴⁶².

A idéia de que as relações entre os entes privados estabelece-se entre seres em iguais condições já foi superada há algum tempo, sendo inquestionável que a falsa premissa liberal da igualdade formal não pode ser considerada válida na grande maioria dos casos.

A partir do século XIX aumentam consideravelmente as formas de organização privadas, que passam a ocupar um papel central nas sociedades contemporâneas, ficando evidente que a autoridade e o poder também emanam da sociedade, e não apenas do Estado⁴⁶³. Michel Foucault identificou a manifestação do poder também no âmbito da sociedade, desmistificando a “falácia liberal que identifica o poder com o Estado”⁴⁶⁴.

Foucault afirma que existem duas formas diversas de poder, quais sejam:

i) o *poder disciplinar*, que é exercido horizontalmente pelos próprios sujeitos nas instituições disciplinares: a família, a fábrica, o hospital, a prisão, a escola,...e ii) o *poder jurídico* do Estado, exercido como coerção.⁴⁶⁵ (grifos do autor)

Michel Foucault propõe que o poder não possui apenas uma dimensão negativa – de coerção, mas também uma dimensão positiva, “organizadora, construtiva e criadora do poder”⁴⁶⁶. Foucault assinala que:

Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como *uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social* muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir.⁴⁶⁷ (grifos do autor)

⁴⁶¹ DELGADO, 1996, p. 55.

⁴⁶² DELGADO, 1996, p. 57.

⁴⁶³ PEREIRA, 2008, p. 146.

⁴⁶⁴ FOUCAULT, Michel *apud* PEREIRA, 2008, p. 146.

⁴⁶⁵ FOUCAULT, Michel *apud* PEREIRA, 2008, p. 146.

⁴⁶⁶ DELGADO, 1996, p. 59.

⁴⁶⁷ FOUCAULT, Michel *apud* DELGADO, 1996, p. 59.

Maurício Godinho Delgado ressalta que esta positividade é a compreensão da integralidade da estrutura do poder, e completa:

Assim, a positividade do poder surge como um característico do fenômeno que permite inclusive a mais eficaz reprodução do sistema sócio-político – reprodução que seria incompreensível caso apreendido o poder sob a exclusiva percepção negativa/repressiva.⁴⁶⁸

Acerca da inserção do poder no contexto empresarial, Simone Fonseca e Ondina Pereira afirmam que atualmente vive-se no mundo da produção, ou seja, um mundo voltado para o resultado, e as empresas estabelecem suas diretrizes a partir desse paradigma, uma vez que atuam sob pressão em um mundo cada vez mais competitivo⁴⁶⁹. As autoras completam acentuando que “o universo empresarial é caracterizado por um processo de socialização que tem como objetivo controlar o comportamento individual, para que cada sujeito possa cooperar com o alcance dos objetivos propostos”⁴⁷⁰.

Neste sentido, as autoras destacam a visão de Foucault, que propõe que em todas as sociedades existe um poder relacionado ao corpo, uma vez que é justamente sobre o corpo que as obrigações e limitações são impostas⁴⁷¹. No âmbito empresarial existe um controle exercido através da produção dos resultados, e estes resultados são obtidos por meio do trabalho dos corpos⁴⁷², *in casu*, dos trabalhadores.

As autoras Fonseca e Pereira destacam que Foucault acentua o “espaço” como fator determinante para o controle dos corpos, principalmente no âmbito empresarial⁴⁷³. Foucault afirma que a determinação do espaço é fundamental para a prática da vigilância, uma vez que a “divisão e a delimitação dos corpos em espaços previamente estipulados permite a localização funcional e a organização hierárquica, que é suportada pela disciplina das “células”⁴⁷⁴. Dessa forma, é possível afirmar que os indivíduos serão mantidos sob constante controle, uma vez que “na medida em que a

⁴⁶⁸ DELGADO, 1996, p. 59

⁴⁶⁹ FONSECA, Simone Dias Souza Doscher da; PEREIRA, Ondina Pena. Considerações sobre o poder nas organizações. Brasília: **Revista Múltipla**, v.8, dez. 2003, p. 103.

⁴⁷⁰ FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 103.

⁴⁷¹ FOUCAULT, Michel *apud* FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 104.

⁴⁷² FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 104.

⁴⁷³ FOUCAULT, Michel *apud* FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 104.

⁴⁷⁴ FOUCAULT, Michel *apud* FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 104.

coerção interna sobre eles se manifesta, é possível reproduzir submissão, sem que a vigilância esteja presente”⁴⁷⁵.

A concepção de Foucault acima analisada é chamada de “adestramento de corpos”, e visa ao controle detalhado dos corpos, dos gestos, atitudes e comportamentos, sujeitando suas forças em função da produtividade⁴⁷⁶.

Simone Fonseca e Ondina Pereira assinalam bem que tal concepção é uma fórmula de dominação específica e própria do capitalismo, cuja característica fundamental é:

[...] operar sobre o corpo de forma a aumentar suas forças econômicas, ao mesmo tempo em que diminui essas mesmas forças quando o que está em questão é a resistência, ou seja, cria corpos obedientes⁴⁷⁷.

As autoras criticam o “adestramento de corpos” e afirmam que muitas vezes certas tarefas das empresas precisam ser refeitas, e os corpos disciplinados refazem a tarefa sob protesto, surgindo um espaço de crítica⁴⁷⁸. Entretanto, esse espaço de crítica acaba por se perder, uma vez que os indivíduos, diante da competitividade existente, acabam atendendo às exigências organizacionais com o objetivo de atingir a perfeição.

Foucault sabiamente destaca que não é possível identificar o poder somente através da exploração, manipulação ou injustiça, e afirma que “sua essência está na circulação entre os indivíduos, não havendo uma localização específica”⁴⁷⁹.

Pedro de Vega propõe que se pode falar que o novo modelo de sociedade pode ser chamado de “sociedade corporativista”⁴⁸⁰, e afirma que “por estabelecer situações de privilégio dá lugar à criação de autênticos poderes privados”⁴⁸¹. Ademais, tais poderes acabam por ocupar importantes

⁴⁷⁵ FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 104.

⁴⁷⁶ FOUCAULT, Michel *apud* FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 105.

⁴⁷⁷ FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 105-106.

⁴⁷⁸ FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 106.

⁴⁷⁹ FOUCAULT, Michel *apud* FONSECA; PEREIRA, 2003, p. 106.

⁴⁸⁰ DE VEGA, Pedro *apud* PEREIRA, 2008, p. 146.

⁴⁸¹ DE VEGA, Pedro *apud* PEREIRA, 2008, p. 146.

lugares nas relações entre particulares, e até mesmo assumem, em muitos casos, um caráter público⁴⁸².

Jane Reis Gonçalves Pereira assinala bem que as relações jurídicas entre particulares assumem papel notório na sociedade contemporânea, e afirma que tais relações podem ser qualificadas como “*verticais, desiguais* ou de *sujeição*, nas quais se identifica a proeminência de uma das partes sobre a outra”⁴⁸³ (grifos da autora). Boaventura de Souza Santos conceitua o poder como “qualquer relação social regulada por uma troca desigual”⁴⁸⁴.

Octavio Bueno Magano destaca que a história tem afirmado o ponto de vista pluralista, ou seja, de que a sociedade compõe-se de grupos variados e cada um deles pode ser considerado como um “centro de irradiações do poder”⁴⁸⁵. Magano enfatiza que a força dos grandes grupos profissionais e as grandes empresas evidenciam que a tese de convergência para um único poder pode ser considerada falaciosa⁴⁸⁶.

O poder concentra-se não só no Estado, mas também na sociedade privada, sendo a sua manifestação na relação de emprego, através do Poder empregatício, a forma mais genuína de exercício de poder no âmbito privado. Como Foucault já afirmava, a incidência deste poder deverá sofrer certas limitações, a limitação espacial é uma delas, apesar de ser necessária uma readequação do seu significado para atender à sociedade globalizada.

Amauri Mascaro Nascimento utiliza a denominação específica “poder diretivo” para tratar do Poder empregatício, e o conceitua como “faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato, deve ser exercida”⁴⁸⁷.

O autor Luiz José de Mesquita, utilizando a mesma denominação que Amauri, conceitua o Poder diretivo da seguinte forma:

[...] a faculdade em virtude da qual o sujeito ativo, o empreendedor, exerce o direito-função de ditar ordens ao sujeito passivo, o

⁴⁸² DE VEGA, Pedro *apud* PEREIRA, 2008, p. 146.

⁴⁸³ PEREIRA, 2008, p. 146.

⁴⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Souza *apud* PEREIRA, 2008, p. 147.

⁴⁸⁵ MAGANO, 1982, p. 13.

⁴⁸⁶ MAGANO, 1982, p. 13.

⁴⁸⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *apud* MAGANO, 1982, p. 93.

empregado, segundo o interesse social da empresa, para que haja uma perfeita organização profissional e ordem no serviço.⁴⁸⁸

Maurício Godinho Delgado conceitua o Poder empregatício como “o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego”⁴⁸⁹.

Propõe o autor que tal fenômeno poder ser conceituado como “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”⁴⁹⁰.

A denominação Poder empregatício não é utilizada de forma unânime pelos doutrinadores, que têm usado as expressões: Poder diretivo, Poder regulamentar, Poder disciplinar e Poder fiscalizatório, que são as dimensões do Poder empregatício⁴⁹¹.

Maurício Godinho Delgado destaca que do ponto de vista prático e teórico é consideravelmente vantajoso utilizar apenas uma expressão para tratar da integralidade de um determinado fenômeno, “que apenas se desdobra, no plano operacional, em dimensões e manifestações variadas”⁴⁹².

Já foi utilizada outra expressão para referir-se ao fenômeno que se chama de Poder empregatício: Poder hierárquico⁴⁹³. Essa expressão possui uma denotação mais geral que as acima especificadas, abrangendo as dimensões de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da relação de emprego, ou seja, refere-se a todas essas prerrogativas que são dadas ao empregador, para que ele possa gerenciar a prestação do serviço pactuado.

O equívoco do uso dessa expressão está no fato de que a idéia de hierarquia vai contra a idéia de democracia, e, ao referir-se ao fenômeno de poder na empresa, vai de encontro à democratização que o direito do trabalho trouxe ao fenômeno do poder conferido aos empregadores. As críticas feitas a

⁴⁸⁸ MESQUITA, Luiz José de *apud* MAGANO, 1982, p. 93.

⁴⁸⁹ DELGADO, 2006b, p. 629.

⁴⁹⁰ DELGADO, 2006b, p. 629.

⁴⁹¹ DELGADO, 2006b, p. 629.

⁴⁹² DELGADO, 2006b, p. 629.

⁴⁹³ DELGADO, 2006b, p. 629.

essa expressão podem ser evidenciadas pelos dizeres de Maurício Godinho Delgado:

Tal expressão, afinal, carrega-se de rigidez incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno intra-empresarial de poder. Trazida ao Direito do Trabalho por inspirações administrativistas ou institucionalistas já superadas há longa época pela mais arejada teoria justralhista, a expressão, mesmo hoje, não deixa de evocar uma lembrança severa, implacável e hirta do fenômeno do poder na empresa. (...) Não é por outra razão que alguns juristas já tendem a considerar essa noção fundamentalmente como mero rescaldo do velho (e resistente) corporativismo.⁴⁹⁴

Delgado afirma que o lado prático do fenômeno do poder dentro das relações laborais seria atendido com expressões mais simples como “poder intra-empresarial” ou “poder empregatício”, e conclui que a expressão Poder empregatício é a mais correta⁴⁹⁵.

Amauri Mascaro propõe que o Poder de direção do empresário manifesta-se em três dimensões:

- a) poder de organização, consistente em organizar os meios de produção e as atividades do empreendimento;
- b) poder de controle, resultante da hierarquia, por meio do qual o empregador fiscaliza e dirige o trabalho do empregado;**
- c) poder disciplinar, por meio do qual pode impor ao trabalhador sanções disciplinares previstas ou toleradas pela ordem jurídica.⁴⁹⁶
(grifos nossos)

Emílio Gonçalves caracteriza o Poder empregatício e aponta as suas finalidades da seguinte forma:

Reconhece-se, porém, ao empresário, como titular da empresa, o poder diretivo ou poder de comando, por alguns autores também denominado poder hierárquico, consistente no complexo de faculdades de que dispõe o empresário para a organização e coordenação geral do trabalho na empresa, com vistas aos fins e necessidades das mesmas.

(...) Assim, o objetivo do poder diretivo ou poder hierárquico é, de um lado, a organização empresarial, ou seja, a determinação de sua estrutura e de seu funcionamento, e, de outro lado, a regulamentação

⁴⁹⁴ DELGADO, 2006b, p. 630.

⁴⁹⁵ DELGADO, 2006b, p. 630.

⁴⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *apud* SIMM, 2005, p. 1298.

das condições de trabalho na empresa, abrangendo, inclusive, o comportamento dos empregados.⁴⁹⁷

Importante ressaltar que a regulamentação das condições de trabalho, e principalmente a questão do comportamento dos empregados, devem ser realizadas de forma proporcional, evitando abusos e respeitando a dignidade da pessoa humana.

Délio Maranhão, citado por Juliana Duarte e Carolina Tubinambá, propõe que o Poder diretivo pode ser classificado em três espécies:

(i) poder de direção e comando, cabendo-lhe determinar as condições para a utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato; (ii) poder de controle, que é o de verificar o exato cumprimento da prestação de trabalho; e (iii) poder de aplicar penas disciplinares, em caso de inadimplemento de obrigação contratual.⁴⁹⁸

Uma das dimensões do Poder empregatício é a fiscalizatória, sobre a qual se atentou. O Poder fiscalizatório, também chamado de Poder de controle, é a prerrogativa dada ao empregador para que ele possa exercer uma vigilância sobre a prestação de serviços pactuada, é um acompanhamento do âmbito interno da empresa.

Parte-se do princípio de que o empregador é o mais interessado nos lucros da empresa, e ao pactuar contratos trabalhistas ele assume um risco econômico, logo, possui prerrogativas para que possa controlar a empresa e seus empregadores. Este controle exercido pelo empregador propicia um maior aproveitamento da atividade exercida e, conseqüentemente, o lucro. Trata-se do princípio de assunção de riscos do empreendimento que recai sobre o empregador, e o legitima ainda mais para exercer todas as dimensões do Poder empregatício.

Situações como o circuito interno de televisão colocado na empresa, um controle de horário dos empregados, a fiscalização dos computadores

⁴⁹⁷ GONÇALVES, Emílio apud ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (e-mail) e o poder diretivo do empregador. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.10, n.40, jul./set. 2002, p. 110.

⁴⁹⁸ MARANHÃO, Délio apud DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador. Porto Alegre: **Justiça do Trabalho**: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas, v.18, n. 216, dez. 2001, p. 313.

utilizados, entre outros, são manifestações do exercício do Poder de fiscalização do empregador. Como já dito, esses atos são lícitos devido à prerrogativa que o empregador possui, entretanto, é de suma importância que esses atos sejam feitos dentro dos limites impostos a esse poder fiscalizatório, que serão abordados adiante.

Sobre essa manifestação do Poder empregatício, propõe Maurício Godinho Delgado:

Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle.⁴⁹⁹

Octavio Bueno Magano propõe que o Poder de controle “consiste na fiscalização da atividade do empregado para verificar se ele se conforma com as ordens dadas”⁵⁰⁰. Acerca do exercício de tal poder pelo empregador, Magano exemplifica:

Exerce, igualmente, poder de controle o empregador que, por si ou por seus prepostos, observa atentamente a atividade do empregado, para corrigir enganos ou aplicar sanções. Exerce-o ainda o empregador que, por si ou por seus prepostos, submete o empregado a revista, espreita o seu comportamento, submete-o a inquéritos a respeito do seu procedimento.⁵⁰¹

O Poder fiscalizatório possui autonomia perante os demais poderes, entretanto, é certo que esse poder é uma manifestação do próprio Poder diretivo – que legitima o empregador para organizar o espaço empresarial e o modo como será executada a prestação de serviços, organizando a estrutura e o espaço empresarial interno. Para que isso se concretize, o empregador precisa criar regras e regulamentações, o que lhe é conferido através do Poder regulamentar.

⁴⁹⁹ DELGADO, 2006b, p. 634.

⁵⁰⁰ MAGANO, 1982, p. 118.

⁵⁰¹ MAGANO, 1982, p. 118.

Todas as dimensões do Poder empresarial estão ligadas, apesar de possuírem certa autonomia, e propiciam ao empregador essa organização da estrutura empresarial, contida inicialmente no Poder diretivo.

Nesse sentido, discorre o autor supracitado:

Não se poder negar que a idéia de *poder fiscalizatório* como poder autônomo perante os demais empregatícios tem certo mérito didático – já que permite reunir para estudo um grupo semelhante de medidas de acompanhamento empresarial interno. Contudo, não há como deixar de se perceber nesse poder fiscalizatório também nada mais do que simples manifestação do poder diretivo, em geral realizada como pressuposto do poder disciplinar.⁵⁰² (grifos do autor)

O Poder fiscalizatório pode realizar-se de forma genérica: quando o empregador procura saber se os trabalhadores estão laborando no horário determinado; ou de forma concreta, através da execução de determinada ação pelo empregador: instalação de câmeras e fiscalização de *e-mails*, por exemplo.

Em suma, com o Poder fiscalizatório o empregador tem legitimidade para acompanhar a prestação de serviços que está sendo realizada dentro de sua empresa, podendo até mesmo fiscalizar essa prestação através da criação de medidas que o auxiliem nesta tarefa.

4.2 Potencialidades e prerrogativas do Poder fiscalizatório empresarial

O Poder empregatício é uma prerrogativa do empregador, que vai utilizá-lo na direção da atividade empresarial, direcionando a prestação do serviço e gerenciando o estabelecimento comercial. Os empregados deverão se submeter às ordens dadas pelo empregador. Cabe ressaltar que essas ordens são lícitas, desde que respeitados os limites impostos pela ordem jurídica, pois decorrem do exercício do Poder empregatício pelo empregador.

⁵⁰² DELGADO, 2006b, p. 634.

Assim, existirá uma submissão por parte dos empregados, uma vez que toda a concentração do poder de organização é feita na figura do empregador. Acerca desse ponto, propõe Maurício Godinho Delgado:

[...] Em suas diversas dimensões – diretiva, regulamentar, fiscalizatória, disciplinar -, esse poder concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico, que favorecem, regra geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.⁵⁰³

A Constituição da República de 1988 tutela a propriedade privada em seu artigo 5º, inciso XXII. O direito de propriedade pode ser considerado mais um indicativo que a ordem jurídica brasileira estabelece em favor da legitimação do Poder empresarial.

Magano afirma que a propriedade não pode ser considerada a única prerrogativa do Poder empresarial, uma vez que nos casos em que a empresa se encontra submetida a um controle minoritário, o fundamento do Poder diretivo será este controle e não a propriedade em si.⁵⁰⁴

A responsabilização das empresas por atos de seus empregados não deve ser menosprezada, uma vez que também legitima o Poder empregatício fiscalizatório. O empregador pode responder por atos ilícitos cometidos pelos seus obreiros contra terceiros, daí a importância do exercício da sua prerrogativa de gerir, organizar, controlar e regulamentar a prestação de serviços. Tal responsabilização encontra-se prevista no artigo 932, inciso III do Código Civil, e na Súmula 341 do TST.

Vânia Aieta afirma que tal responsabilização decorre da teoria da aparência, bem explicada por Sérgio Cavalieri:

A teoria da aparência equipara o estado de fato ao estado de direito em certas circunstâncias e em atenção a certas pessoas. O empregador é responsável pela reparação do dano, até porque o terceiro prejudicado não tem obrigação nem condições de saber os limites das funções do empregado, reputando-se legítimos, em face da teoria da aparência, todos os atos praticados na esfera de suas aparentes atribuições.⁵⁰⁵

⁵⁰³ DELGADO, 2006b, p. 628.

⁵⁰⁴ MAGANO, 1982, p. 69.

⁵⁰⁵ CAVALIERI, Sérgio *apud* AIETA, 2006, p. 73.

Assim, caso o empregado utilize, por exemplo, o *e-mail* corporativo da empresa para enviar mensagens pornográficas para determinadas pessoas, o empregador poderá ser responsabilizado em uma eventual ação de danos morais.

Além destas posições, existem teorias diversas. Uma delas defende o Poder diretivo através da subordinação existente entre empregado e empregador e decorrente do contrato de trabalho; e outra afirma ser a empresa uma instituição, e do fato do empregado estar inserido nessa instituição decorre o Poder diretivo, que deve ser respeitado pelo obreiro⁵⁰⁶.

Outro ponto de extrema importância é a autonomia privada. Os empregadores dispõem de certa autonomia para gerenciar o seu estabelecimento empresarial, autonomia esta instituída pela Carta Magna, que é a autonomia privada. A autonomia privada recai nos setores em que não incide o poder estatal excludente⁵⁰⁷, sua atuação varia de acordo com a graduação da liberdade concedida pelo poder estatal aos entes privados.

Magano cita o conceito de autonomia de Santi Romano: “é o poder de auto-regulamentação dos próprios interesses”⁵⁰⁸. Octavio Bueno Magano ressalta que a autonomia supõe um sistema de normas, e que tal sistema vai ser obedecido por seu próprio criador⁵⁰⁹. Por exemplo, a própria empresa que criou determinadas regras, a estas se submete, exercendo a sua autonomia privada ao criar regras, mas também ficando sujeita a elas.

É possível afirmar que o poder empregatício possui fundamento na Carta Magna de 1988, que institui a livre iniciativa em seu artigo 1º, inciso IV, bem como em seu artigo 170, inciso II e parágrafo único, que garante a todos o livre exercício da atividade econômica. Da mesma forma, a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 2º, fundamenta o poder diretivo, pois afirma que o empregador é a figura que “dirige” a prestação do serviço.

A doutrina espanhola, como ensina José Roberto Freire Pimenta, entende que o poder empresarial é uma forma de autotutela de caráter ativo, uma vez que o empresário não precisa recorrer ao Poder Judiciário para impor

⁵⁰⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45.

⁵⁰⁷ MAGANO, 1982, p. 18.

⁵⁰⁸ ROMANO, Santi *apud* MAGANO, 1982, p. 16.

⁵⁰⁹ MAGANO, 1982, p. 17.

certas condutas, restrições e sanções aos seus empregados, pode agir de forma unilateral⁵¹⁰. Caso o empregado não concorde com o ato imposto, apenas lhe resta recorrer ao órgão competente.

Fernandez Lopez, citado por José Roberto Pimenta, propõe que este controle feito pelo órgão do judiciário é o fundamento último que legitima o poder empresarial, cumprindo a função de controlar a utilização do poder empresarial⁵¹¹.

Entretanto, tal controle só é feito depois de realizada a conduta, ou seja, depois que os efeitos da conduta praticada afetam o trabalhador, podendo provocar sérios danos, dependendo do ato. Blasco Pellicer assevera que a doutrina espanhola tem admitido que nos casos em que o ato praticado for desproporcional, deve ser concedida uma medida cautelar para que o ato seja suspenso o mais rápido possível⁵¹².

Importa salientar que o Poder empregatício é considerado genuíno não apenas porque encontra legitimação no ordenamento jurídico, mas também porque obedece a limitações decorrentes deste ordenamento que o legitima. Para que o poder empregatício seja realmente legítimo, ele também deve obedecer a tais limitações impostas.

4.3 Limitações do Poder fiscalizatório empresarial

O empregador não pode se utilizar de qualquer meio para exercer a fiscalização, existem limites ao Poder fiscalizatório que devem ser respeitados, sob pena de praticar atos ilícitos e ofender a dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar que as liberdades públicas constituem limitações a este poder, como é o caso da dignidade da pessoa humana e da intimidade dos trabalhadores.

Márcio Tulio Viana salienta bem que:

⁵¹⁰ PIMENTA, 2004, p. 385.

⁵¹¹ FERNANDEZ LOPEZ *apud* BLASCO PELLICER *apud* PIMENTA, 2004, p. 385.

⁵¹² BLASCO PELLICER *apud* PIMENTA, 2004, p. 385.

[...] há limitações de ordem temporal e espacial, pois o poder diretivo do empregador, regra geral, tem seus contornos definidos apenas durante e no local de prestação de serviços do trabalhador, bem como limitações de ordem teleológica, pois o poder de comando tem um objetivo a alcançar, de maneira que o empregador só poder dar ordens aos seus empregados que estejam em consonância com esse objetivo.⁵¹³ (grifos nossos)

Assim, tanto a limitação espacial quanto a temporal devem ser respeitadas, o empregador não pode fiscalizar seus empregados fora do ambiente de trabalho, nem mesmo fora do horário de trabalho. Ademais, as ordens devem ser condizentes com o objetivo da prestação laboral, não devem extrapolar a atividade prestada, sob pena de serem abusivas, e, nestes casos, pode o empregado resistir e desrespeitar o seu superior.

No Brasil não é possível elencar com segurança esses limites, mas, por exemplo, na Itália existem vedações explícitas no Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores ao Poder de controle. Apesar de não serem claros, os limites existem principalmente nas regras e princípios que orientam aqueles que irão aplicar a lei ao caso concreto.

Maurício Godinho Delgado afirma que ordens jurídicas mais avançadas estabelecem limites ao exercício do Poder fiscalizatório, e cita o caso da Itália:

O Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores da Itália (Lei. N. 300, de 20.5.70), por exemplo, veda a presença permanente (não o ingresso excepcional) de guardas de segurança no estrito local de cumprimento das atividades laborais obreiras (art. 2º); veda, como regra, o “uso de instalações audiovisuais dos trabalhadores”, além de submeter a utilização de instalações eventualmente necessárias em face de outros objetivos ao “prévio acordo das comissões de representantes sindicais na empresa, ou então, na falta destas, a comissão interna” (art. 4º); veda, também, como *regra*, as inspeções pessoais de controle sobre o trabalhador, admitindo-as, com restrições, em certos casos, sempre mediante acordo entre o empregador e as comissões de representantes sindicais na empresa ou, na falta destas, com a comissão interna (art.6º).⁵¹⁴ (grifos do autor)

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha tutelou as limitações ao Poder empresarial de forma tímida, Antonio Baylos afirma que a proteção acabou sendo dada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, “que realizou um

⁵¹³ VIANA, Marcio Túlio *apud* DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001, p. 313.

⁵¹⁴ DELGADO, 2006b, p. 635.

verdadeiro trabalho de ‘pedagogia social’ ao afirmar que a empresa não é um ‘território impenetrável’ para as liberdades públicas dos trabalhadores”⁵¹⁵.

Baylos assevera que:

[...] o fato de que a dignidade da pessoa e os direitos que lhe são inerentes gozem de certa universalidade e que, portanto, o trabalhador na sua atividade possa também ser considerado sujeito dotado de liberdade e de dignidade, não implica que sua inserção numa relação jurídico-laboral não traga consigo limites ao exercício de tais direitos fundamentais.⁵¹⁶

A Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação no emprego e na profissão e foi ratificada pelo Brasil em 1965, determina que o poder do empregador deve ser limitado quando este ofender a liberdade do empregado, violando a dignidade da pessoa humana do obreiro, situação que ocorre quando, por exemplo, o empregador submete o obreiro à revista pessoal humilhante⁵¹⁷.

O espanhol José Manuel Del Valle Villar baseia-se na legislação espanhola para estabelecer diretrizes orientadoras para a limitação da atividade diretiva do empregador, e ressalta que tal atividade deve obedecer aos seguintes itens:

(i) não pode imiscuir-se em questões que excedem o cumprimento das obrigações de trabalho; (ii) não pode utilizar seus subordinados dentro da estrutura hierárquica da empresa para estabelecer um sistema de espionagem laboral; (iii) não pode tolerar que tal sistema se estabeleça por iniciativa de algum(s) de seus trabalhadores; (iv) não pode contratar expressamente pessoas com a finalidade de vigiar aspectos ou atividades extracontratuais do trabalhador; nem (v) instalar e utilizar máquinas e aparatos que excedam o mero controle da atividade laboral.⁵¹⁸ (grifos nossos)

Delgado afirma que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não possui preceitos tão claros como os estabelecidos no Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores na Itália, “contudo, tem *regras e princípios gerais* capazes de

⁵¹⁵ BAYLOS, Antonio *apud* SIMM, 2005, p. 1300.

⁵¹⁶ BAYLOS, Antonio *apud* SIMM, 2005, p. 1300.

⁵¹⁷ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, 2005, p. 695-696.

⁵¹⁸ DEL VALLE VILLAR, José Manuel *apud* DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina, p. 313.

orientar o operador jurídico em face de certas situações concretas⁵¹⁹ (grifos do autor).

Zeno Simm afirma que atualmente existe uma tendência de serem estabelecidas as regras que irão delimitar o Poder empresarial e os direitos fundamentais dos trabalhadores no próprio contrato de trabalho, sendo prestigiada a autonomia da vontade das partes⁵²⁰.

Simm propõe que, com a democratização do Estado, ocorreu também a democratização da empresa, e o Poder diretivo está limitado pelos instrumentos de proteção dos direitos dos trabalhadores⁵²¹. O autor afirma que essa proteção é feita através de instrumentos de informação e consulta para que sejam tomadas decisões importantes e que afetem o âmbito social. Todos estes fatores, segundo Zeno, acabaram por ressaltar ainda mais a importância dos direitos fundamentais dos trabalhadores no âmbito das empresas⁵²².

Não são apenas os direitos de personalidade que limitam o poder empregatício, existem determinados direitos fundamentais que também se inserem na relação laboral, em decorrência da horizontalização, como já explanado. Zeno Simm destaca alguns direitos fundamentais que devem ser respeitados na seara trabalhista:

a) o que assegura o princípio da igualdade, vedando a discriminação sob as suas mais variadas formas; **b) os direitos de personalidade (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem)**; c) a liberdade de expressão e de informação; d) a liberdade de crença e de ideologia; **e) o sigilo de correspondências e de comunicações em geral**; f) a proteção à saúde e à integridade física no local de trabalho; g) acesso ao Judiciário na defesa de seus direitos e interesses.⁵²³ (grifos nossos)

Simm afirma que os direitos fundamentais dos trabalhadores são os direitos fundamentais da pessoa que se exercem nas relações empregatícias, e esclarece que os direitos fundamentais assumiram papel decisivo na relação laboral, com elevada importância jurídica⁵²⁴.

⁵¹⁹ DELGADO, 2006b, p. 635.

⁵²⁰ SIMM, 2005, p. 1295.

⁵²¹ SIMM, 2005, p. 1295.

⁵²² SIMM, 2005, p. 1295.

⁵²³ SIMM, 2005, p. 1296.

⁵²⁴ SIMM, 2005, p. 1297.

Octavio Bueno Magano aponta a existência de autolimitações e heterolimitações ao Poder empregatício. A primeira acontece quando o próprio empregador estabelece regulamentações indicando a maneira como irá proceder, tais regulamentos limitam a sua atuação; a segunda provém de leis, convenções, acordos coletivos, etc⁵²⁵.

As condutas que extrapolam a razoabilidade e violam a dignidade da pessoa humana dos obreiros são repelidas pela Constituição de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, trouxe em seu bojo princípios democratizantes, e alçou a dignidade da pessoa humana a fundamento, objetivo e princípio da República Federativa Brasileira.

Além disso, segundo Maurício Godinho Delgado, existem regras na Constituição que são impositivas enfáticas, e que afastam a licitude de condutas fiscalizatórias exageradas e que violem a liberdade e a dignidade da pessoa humana do trabalhador⁵²⁶. Como exemplo pode-se citar a norma que determina a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, contida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Delgado conclui que:

Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha empregaticamente no país.⁵²⁷

Considerada prerrogativa do Poder empresarial, a propriedade, garantida na Constituição (art. 170, inciso II), além de ser um direito do empregador, também atua como limitação, uma vez que deve ser observada a sua função social⁵²⁸, conforme norma constitucional disposta no inciso III do artigo 170. É importante ressaltar que o artigo 170 determina que a ordem econômica é fundada não só na livre iniciativa, mas, ao mesmo tempo e primordialmente, na valorização do trabalho.

⁵²⁵ MAGANO, 1982, p. 231.

⁵²⁶ DELGADO, 2006b, p. 635.

⁵²⁷ DELGADO, 2006b, p. 636.

⁵²⁸ DELGADO, 2006b, p. 659.

Assim, o empregador exerce o seu direito de propriedade de forma limitada, devendo sempre cumprir a função social da propriedade. Delgado salienta que:

A Constituição da República brasileira, em consonância com os princípios da valorização do trabalho e da justiça social – a par do próprio princípio constitucional máximo, da dignidade da pessoa humana -, reconhece o sistema capitalista no país, a propriedade privada dos meios de produção e de qualquer bem material ou imaterial, mas, inquestionavelmente, submete tal propriedade à sua função social e, na mesma medida, função ambiental.⁵²⁹

Maurício Godinho Delgado ressalta que quando a Carta Magna dispõe sobre o meio ambiente, e o vincula à ordem social (artigo 225), neste conceito está incluído o ambiente de trabalho⁵³⁰.

A autonomia privada, da mesma forma que a propriedade, pode ser considerada não só prerrogativa, mas também limitação ao Poder empregatício. José Affonso Dallegrave Neto afirma que a solidariedade contratual pode ser vista como a negação da autonomia da vontade em sua “concepção voluntarista e egoística, e também como um aperfeiçoamento da autonomia privada”⁵³¹. O contrato passa a ser visto de forma menos individual, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Dallegrave Neto destaca que, com a exigência da justiça social, os “direitos subjetivos não podem ser vistos de forma ilimitada, mas como interesses juridicamente tutelados, encerrando, entre si, limitações para o seu titular”⁵³². Assim, a autonomia privada não pode ser exercida de forma ilimitada e abusiva, atendendo somente interesses individuais.

Ademais, é possível afirmar que quando o empregador está gerindo a empresa através da criação de regras e organização do espaço empresarial de forma arbitrária e egoísta, não significa que ele está exercendo o seu Poder

⁵²⁹ DELGADO, 2006b, p. 661.

⁵³⁰ DELGADO, 2006b, p. 661.

⁵³¹ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O solidarismo constitucional e a ampla tutela aos direitos de personalidade. Um debate a partir da jurisprudência do TST. In **O mundo do trabalho, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho.** MELO FILHO, Hugo Cavalcanti [et. al.]. São Paulo: LTr, 2009, p. 250.

⁵³² DALLEGRAVE NETO, 2009, p. 251.

empresarial, mas sim um direito potestativo⁵³³, que não pode ser considerado legítimo.

Dessa forma, existe arbitrariedade quando o empregador visa à satisfação do seu interesse pessoal, e não do interesse da empresa. Nas palavras de Octavio Bueno Magano, “a diferença reside apenas na orientação do aludido poder, que, concebido como direito-função, deve visar à satisfação do interesse não do empresário, mas da empresa”⁵³⁴.

Cabe destacar que existe um direito subjetivo proveniente da organização empresarial, diferente do direito proveniente do empregado, que pode ser considerado como fonte autônoma de poder, e refere-se justamente ao Poder empregatício⁵³⁵.

Neste ponto cabe fazer breve consideração acerca do poder empregatício como emanção do “direito potestativo”. Há de se considerar que diversos autores caracterizam o Poder diretivo como direito potestativo⁵³⁶, sob a justificativa de que ao exercício do Poder empregatício não existe uma obrigação pelo empregado, mas sim, um dever de obediência⁵³⁷. Tal posição é atrasada, a evolução da sociedade e da doutrina evidencia o surgimento de diversas limitações a este poder, além do reconhecimento de direitos, e não apenas deveres, aos empregados.

Magano cita alguns exemplos que evidenciam a limitação que o poder empresarial sofreu ao longo do tempo:

Em contraposição à liberdade de contratação, surgiu a contratação forçada de inválidos, a consulta à comissão de empresa e a *closed shop*; em oposição à prerrogativa de administrar, apareceram as interferências das comissões de empresas, dos delegados de pessoal, dos delegados sindicais e dos conselhos de administração integrados por empregados; limitando a despedida arbitrária, erigiram-se as medidas tendentes à desincentivá-la, correspondentes à estabilidade relativa, abrangendo o aviso prévio, a indenização e a estabilidade propriamente dita, transformável em indenização.⁵³⁸

⁵³³ MAGANO, 1982, p. 30.

⁵³⁴ MAGANO, 1982, p. 65.

⁵³⁵ MAGANO, 1982, p. 68.

⁵³⁶ Pode-se citar como exemplo Manuel Alonso Olea e Guseppe Suppiej, In MAGANO, 1982, p. 62.

⁵³⁷ MAGANO, 1982, p. 62.

⁵³⁸ MAGANO, 1982, p. 30.

Aldacy Rachid Coutinho, acerca da nova contratualidade, afirma que esta:

[...] acaba assumindo um perfil solidarista através da intervenção estatal direta, funcionalizando-se socialmente o contrato para que possa servir de instrumento de garantia da erradicação da pobreza via distribuição de renda, despatrimonialização do vínculo jurídico para preservação dos direitos fundamentais e, em especial, alocação da dignidade da pessoa humana como o fundamento axiológico de toda a produção jurídica que serve sobremaneira ao campo laboral.⁵³⁹

No mesmo sentido, Aldacy Coutinho propõe que:

[...] as condições de entrega da força de trabalho não refletem tão-somente questões de natureza eminentemente patrimonial, senão também situações jurídicas pessoais traduzidas em direitos⁵⁴⁰.

Além de todos os exemplos citados, a Carta Magna de 1988, ao alçar a dignidade da pessoa humana a fundamento, objetivo e princípio do Estado Democrático de Direito, corroborou com o aumento das limitações impostas ao Poder empresarial, principalmente, em relação aos direitos de personalidade, *in casu*, da intimidade e da privacidade.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 483, protege a honra e a boa fama dos trabalhadores, proibindo que o empregador empregue conduta no sentido de violar tais direitos. O mesmo artigo proíbe que o empregador trate o empregado com rigor excessivo, limitando o Poder diretivo empresarial. Caso o empregador viole tal norma, estará sujeito a sofrer rescisão indireta do contrato de trabalho, que poderá ser cumulada a uma indenização por danos morais.

As limitações impostas ao Poder fiscalizatório tornam-se cada vez mais importantes na medida em que os avanços tecnológicos introduzem novas ferramentas de controle no ambiente laboral. Tais tecnologias permitem uma fiscalização cada vez maior e mais velada pelos empregadores, daí a

⁵³⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181.

⁵⁴⁰ COUTINHO, 2006, p. 182.

importância das limitações, e de que elas sejam claras e definidas, resguardando a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores.

4.4 Proteções trabalhistas e prerrogativas empresariais – a colisão dos direitos fundamentais

O avanço da tecnologia trouxe inúmeros benefícios para a sociedade atual, inseriu diversas ferramentas nas relações laborais, revolucionando o modo de comunicação entre empregados e empregadores. A grande maioria das empresas adotou as novas tecnologias, que dinamizaram a produção, diminuíram distâncias, reduziram custos e descentralizaram a produção.

Vânia Aieta assinala bem que atualmente vive-se em uma “revolução da informação”, realizada através do surgimento de um novo modelo, e neste modelo a “informação e o conhecimento passaram a desempenhar um papel de envergadura na atividade econômica, impondo como foco principal a busca por novos mercados consumidores, cada dia mais exigentes”⁵⁴¹.

Assim, diante das novas exigências, as organizações empresariais, ao tentar se adaptar a este mundo competitivo, introjetam as novas tecnologias em suas rotinas.

A partir destas práticas, a questão da segurança da informação torna-se de extrema importância, e exige que o empresariado adote sistemas de segurança mais eficazes, de forma a assegurar o sigilo empresarial.

Ao lado dos benefícios, surgiram também práticas fiscalizatórias, que por vezes são excessivas, e que colocaram o Poder fiscalizatório e os direitos de personalidade dos obreiros em choque.

Acerca desta nova conjuntura, Vânia Aieta cita a observação de Richard Sennett acerca da sociedade pós-moderna norte-americana:

⁵⁴¹ AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.14, n.55, abr./jun. 2006, p. 61.

Criou-se um monte de controles para regular o processo de trabalho concreto dos ausentes nos escritórios. Exige-se que as pessoas telefonem regularmente para o escritório, ou usam-se controles da intra-rede para monitorar o trabalhador ausente; **e os e-mails são frequentemente abertos pelos supervisores.**⁵⁴² (grifos nossos)

Na mesma esteira, Zeno Simm ressalta a colisão existente entre as prerrogativas empresariais e os direitos de personalidade dos obreiros:

Não obstante, novos sistemas de vigilância e controle estão sendo introduzidos nas empresas, como câmeras fotográficas e de vídeo, gravadores e aparelhos de escuta, por meio dos quais o empregador passa a ter um controle total sobre os atos, gestos e palavras dos trabalhadores. Ocorre aí, então, **um conflito entre o poder de organização e controle do empregador e a privacidade e intimidade do empregado.**⁵⁴³ (grifos nossos)

É notório que nas relações trabalhistas a perspectiva moral da vida humana, principalmente em relação à vida privada e à intimidade dos empregados, em diversas situações entra em conflito com o Poder fiscalizatório empresarial. Tal situação agravou-se com a inserção de novas tecnologias nas empresas.

Para resolver um eventual conflito, é imprescindível que seja utilizado um juízo de ponderação, de forma a não anular nem a intimidade dos trabalhadores e nem mesmo o Poder fiscalizatório empresarial.

Joaquim José Gomes Canotilho afirma que a colisão de direitos fundamentais acontece quando o exercício de um direito fundamental por seu titular entra em contradição com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular⁵⁴⁴. *In casu*, o exercício do direito de propriedade do empresário colide com o direito à intimidade do empregado, devendo tais garantias serem coordenadas no caso concreto.

Luis Roberto Barroso, acerca do tema em comento, acentua que:

[...] sendo os direitos fundamentais expressos, frequentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se, como já exposto (v. supra), à

⁵⁴² SENNETT, Richard *apud* AIETA, 2006, p. 61.

⁵⁴³ SIMM, 2005, p. 1299.

⁵⁴⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes *apud* DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001, p. 314.

concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas⁵⁴⁵.

Barroso salienta que, por força do princípio da unidade da Constituição inexistente hierarquia jurídica entre as normas constitucionais⁵⁴⁶, uma vez que os direitos fundamentais ocupam o mesmo patamar axiológico e são considerados cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, CR/88)⁵⁴⁷. Diante da inexistência de hierarquia entre as normas, o conflito somente poderá ser resolvido a partir da análise do caso concreto.

Existem limitações impostas aos direitos fundamentais pela própria norma, um exemplo é o artigo 5º, inciso XII, da CR/88, que limita o sigilo das correspondências nos casos de determinação judicial, nas formas estabelecidas pela lei, para fins de investigação criminal e processual penal⁵⁴⁸. Esta limitação é considerada válida, uma vez que é genérica, abstrata, e será analisada diante do caso concreto.

Alguns conflitos encontram solução no ordenamento jurídico, como é o caso da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade. Entretanto, o conflito em comento não possui uma solução pré-determinada, será analisado o caso concreto.

Juliana Duarte e Carolina Tupinambá propõem que:

[...] para aquelas colisões que não observem fórmula própria e prévia de harmonização, resta a análise casuística, devendo as partes e os julgadores, com muito bom senso, tentar preservar a essência do direito e os princípios gerais insculpidos e consolidados ao longo dos anos.⁵⁴⁹

Acerca do assunto, Maurício Godinho Delgado afirma que:

É que, de um lado, o princípio da inviolabilidade do direito à vida, inclusive no que respeita à privacidade e intimidade da pessoa humana, não se estende ao ponto de autorizar o empregado a valer-

⁵⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Rio de Janeiro: **Padma**, v. 4, n. 16, out./dez. 2003, p. 64.

⁵⁴⁶ Esta afirmação é controversa na doutrina, o presente trabalho não irá adentrar nesta discussão.

⁵⁴⁷ BARROSO, 2003, p. 64-65.

⁵⁴⁸ BARROSO, 2003, p. 65

⁵⁴⁹ DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001, p. 314.

se de qualquer meio de comunicação social presente na empresa (carta, telefone, fax, *e-mail*, etc) para cometer, por exemplo, ato ilícito ou atitude congênere potencialmente lesiva ao empregador. (...)

Isso não significa, entretanto, que possam os poderes diretivo e fiscalizador do empregador ser manejados abusivamente, quer no modo, quer na intensidade, ingressando em qualquer área própria à vida pessoal e íntima de seus empregados. Quer dizer apenas que o princípio do resguardo à privacidade e intimidade da pessoa empregada não se confunde com proteção à prática discreta de atos ilícitos.⁵⁵⁰

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros assinala bem que a subordinação não legitima a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, ou seja:

Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não poderá constituir “um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais” assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva.⁵⁵¹ (grifos nossos)

A respeito da relação hierárquica existente entre empregados e empregadores, Vânia Aieta reconhece a necessidade de respeito a determinados limites pelo empregador, e observa que:

A relação de hierarquia que se apresenta nas relações trabalhistas, sendo o empregado subordinado às ordens e poder de comando do empregador, não pode servir de justificativas que legitimem ações que venham a desrespeitar o direito à intimidade e o sigilo das comunicações, bem como a própria dignidade da pessoa humana, consubstanciada na proteção dos direitos fundamentais.⁵⁵²

Nas relações laborais há um evidente problema de conflito entre a renúncia aos direitos fundamentais de personalidade e o exercício da liberdade econômica e da livre iniciativa, da autonomia privada, por parte do empregador.

Reitera-se que os direitos de personalidade são irrenunciáveis e que o empregador deve respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, que,

⁵⁵⁰ DELGADO, 2005, p. 187.

⁵⁵¹ BARROS, 1997, p. 33.

⁵⁵² AIETA, 2006, p. 85.

inclusive, limitam a autonomia privada, empecilho não há para afirmar que tais direitos também limitam o Poder diretivo do empresariado.

É evidente que o empregado encontra-se, na esmagadora maioria das vezes, em situação inferior e desigual àquela do empregador, e a maioria dos empregados acaba assinando contratos de trabalho que já estão constituídos, são verdadeiros contratos por adesão. O empregador estipula todas as cláusulas do contrato e resta ao empregado submeter-se a elas. Existe uma igualdade formal entre os sujeitos que são considerados “livres” para pactuar, mas na realidade prepondera uma desigualdade material entre as partes, conforme já destacado.

Ressalta-se que a Carta Magna de 1988, em seu artigo 170, afirma que a ordem econômica é fundada tanto na valorização do trabalho humano, como na livre iniciativa. O mesmo artigo garantiu a propriedade privada. Como se pode constatar, existem princípios constitucionais que, quando aplicados ao caso concreto, poderão entrar em choque com outros princípios também constitucionalmente garantidos.

Neste ponto, cabe destacar a importância da indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho ao afirmar a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade pelo trabalhador, principalmente em situações em que os direitos fundamentais entram em choque.

Seguindo esta linha, o Tribunal Constitucional da Espanha ao julgar o confronto entre a liberdade de expressão e os deveres contratuais do trabalhador, declarou ser nula a despedida com o intuito de restringir ou punir o exercício dos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores, considerando ineficaz a restrição a esses direitos⁵⁵³.

A respeito da renúncia dos direitos fundamentais, a Corte Superior de Quebec, no Canadá, demonstrou sua insuficiência em proteger os direitos fundamentais e a renúncia desses direitos, ao decidir que seria possível que um empregador determinasse a residência de um empregado municipal⁵⁵⁴. A Comissão dos Direitos da Pessoa e dos Direitos da Juventude do Quebec, entretanto, havia considerado tal cláusula abusiva, por violar o direito ao

⁵⁵³ GEDIEL, 2006, p. 161.

⁵⁵⁴ GEDIEL, 2006, p. 161.

respeito à vida privada do empregado. A Comissão partiu do pressuposto de que existe uma relação hipossuficiente no contrato de trabalho⁵⁵⁵, razão pela qual o mero consentimento por parte do empregado não pode ser aceito como renúncia aos seus direitos fundamentais.

Gediel propõe que quando a autonomia privada e os direitos e deveres contratuais que dela derivam entrarem em confronto com os direitos fundamentais, o caso deverá ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade⁵⁵⁶.

Toda vez que a autonomia privada, por meio das exigências contratuais, for ofensiva à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade e atingirem o núcleo da pessoa, ela estará extrapolando os limites da atividade econômica. Isso acontece na medida em que os direitos fundamentais interferem na autonomia privada e a limitam. Um exemplo claro é a fiscalização das correspondências e demais aspectos da vida privada dos trabalhadores, que encontra tutela não só na Constituição, mas também nos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002⁵⁵⁷.

Nos casos de colisão de direitos fundamentais, é de extrema importância que exista uma ponderação de interesses e princípios, estabelecendo até que ponto poderá o Poder fiscalizatório limitar o direito de personalidade do empregado e vice-versa. Tal análise deverá ser realizada a partir da análise de cada caso concreto. Bruno Lewicki, citado por Fernando Eberlin, ressalta a contribuição de Teresa Negreiros ao tema:

Em outras palavras, o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro, (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Exatamente pela existência da relação desigual entre as partes contratantes, segundo Manuel Galdino, a lei deve tratar as partes de maneira desigual, de forma a garantir a “eficácia da isonomia jurídica”. In: PAIXÃO JÚNIOR, 2004, p. 89.

⁵⁵⁶ GEDIEL, 2006, p. 162.

⁵⁵⁷ GEDIEL, 2006, p. 163.

⁵⁵⁸ NEGREIROS, Teresa *apud* LEWICKI, Bruno *apud* EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. Poder de direção de empregador versus direito à privacidade do empregado. Porto Alegre: **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v.17, n.205, jul. 2006, p. 88-89.

Deve ser ponderado o que é mais importante e razoável para a sociedade: “a violação do direito de personalidade do empregado ou a adoção da medida pretendida pelo empreendimento empresarial”⁵⁵⁹? Neste ponto evidencia-se o conflito existente na fiscalização das correspondências eletrônicas no ambiente de trabalho.

Juliana Duarte e Carolina Tupinambá assinalam que, antes de entrar no caso específico da forma de utilização das correspondências eletrônicas, existe uma questão: “pode o empregador definir, unilateralmente, qual a abrangência do uso de seus equipamentos, isto é, configuraria um direito da empresa declarar a finalidade própria de seus bens?”⁵⁶⁰.

As autoras esclarecem que existem posições divergentes acerca do tema. O espanhol Colas Neila defende que a empresa possui o direito potestativo de declarar tal finalidade, sem a aquiescência dos seus empregados⁵⁶¹. Guillermo Garcia discorda e ressalta que a forma de utilização dos bens deveria ser estabelecida através de negociação coletiva ou do próprio contrato individual de trabalho, de forma a garantir a segurança jurídica⁵⁶².

Entende-se ser a posição de Guillermo Garcia a mais correta. Nos casos em que não exista uma negociação prévia acerca da regras de utilização dos bens, o empregado deve ser informado sobre as normas existentes na empresa no momento de sua contratação. Assim, o empregado sabe os limites de utilização dos bens previamente e pode aderir ou não ao contrato.

Entretanto, atualmente a grande maioria dos empregados não possuem a opção de escolha, razão pela qual cláusulas abusivas devem ser invalidadas, não devendo ser descartada a hipótese de eventual má-fé do empregador.

Vânia Aieta sabiamente observa que:

[...] a análise das incidências lesivas à intimidade dos cidadãos no universo cibernético se faz absolutamente oportuna, notadamente em razão da anomia legislativa revelada pelo ordenamento jurídico, despido de um gizamento legal medular para o enfretamento das cizânias advindas das colisões de interesses.

⁵⁵⁹ EBERLIN, 2006, p. 89.

⁵⁶⁰ DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001, p. 315.

⁵⁶¹ NEILA, Colas *apud* RODRIGUES DA SILVA JUNIOR, Roberto Roland (coord.) *apud* DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001, p. 316.

⁵⁶² GARCIA, Guillermo *apud* RODRIGUES DA SILVA JUNIOR, Roberto Roland (coord.) *apud* DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001, p. 316.

Observa-se, em rigorosa síntese que as novas tecnologias são desenvolvidas de modo mais acelerado do que a capacidade dos juristas de promoverem mudanças legislativas significativas que minorem o profundo abismo existente em face da heteromorfia dos subsistemas fático e jurídico.⁵⁶³

Deve ser levada em consideração a relatividade dos direitos de personalidade, uma vez que, em eventuais conflitos os interesses individuais podem ser superados por interesses coletivos, devendo ser respeitada a supremacia do interesse público. Aieta salienta que nestes casos os valores deverão ser ponderados “devendo-se preservar o núcleo essencial dos direitos em colisão, permitindo-se concessões mútuas para o minoramento da problemática”⁵⁶⁴.

Ademais, importante levar em consideração que os conflitos deverão ser pautados pela dignidade da pessoa humana, que deverá sopesar os direitos e valores em colisão, sendo certo que, como propõe Rizzatto Nunes, “a isonomia também participará, mas, sem sombra de dúvida, a luz fundamental, a estrela máxima do universo principiológico será sempre a dignidade da pessoa humana”⁵⁶⁵.

Para solucionar o tensionamento existente entre os direitos fundamentais a técnica que deve ser utilizada é a ponderação dos princípios constitucionais em conflito. Aieta salienta que é preciso percorrer três etapas: identificar as normas em conflito; identificar os fatos relevantes para solucionar o problema; e, finalmente, descobrir intuitivamente a solução que melhor se adeque aos fundamentos da Constituição Federal⁵⁶⁶.

Vânia Aieta assevera que é um processo de escolhas, e que, muitas vezes, é feita uma escolha “ideológica ou política dentro do universo jurídico”, e que deve ser preservado o núcleo essencial dos direitos⁵⁶⁷.

Acerca da forma de resolução de conflito entre princípios constitucionais através da ponderação, Canotilho sabiamente esclarece:

⁵⁶³ AIETA, 2006, p. 62.

⁵⁶⁴ AIETA, 2006, p. 66.

⁵⁶⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, *apud* AIETA, 2006, p. 76.

⁵⁶⁶ AIETA, 2006, p. 78.

⁵⁶⁷ AIETA, 2006, p. 78.

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 um valor maior ou menor entre os princípios. Móvel porque se trata de relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso.⁵⁶⁸

Aieta salienta que na tentativa de solucionar tais conflitos deve ser aplicada a lógica do razoável, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵⁶⁹. A autora cita a definição de Carlos Roberto de Siqueira Castro para a proporcionalidade: “dever, não só do intérprete, mas de qualquer aplicador do direito, de guardar a sempre almejada justa medida no trato intersubjetivo”⁵⁷⁰.

Daniel Sarmiento, citado por Aieta, propõe que a ponderação só deverá ser utilizada quando realmente existir um conflito entre dois princípios constitucionais, e completa:

Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.⁵⁷¹

Mercader Uguina assevera que o equilíbrio e a ponderação entre os interesses obreiros e os interesses empresariais resultam do fato de que “em um conflito jurídico entre privados *todos* os interessados gozam da proteção dos direitos fundamentais”⁵⁷². (grifo do autor)

Luis Roberto Barroso afirma que a ponderação:

[...] consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.⁵⁷³

⁵⁶⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes *apud* AIETA, 2006, p. 78-79.

⁵⁶⁹ AIETA, 2006, p. 78.

⁵⁷⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira *apud* AIETA, 2006, p. 79.

⁵⁷¹ SARMENTO, Daniel *apud* AIETA, p. 83- 84.

⁵⁷² UGUINA, Mercader *apud* SIMM, 2005, p. 1298.

⁵⁷³ BARROSO, 2003, p. 69-70.

A questão central é: como resolver este conflito de direitos, poder de controle empresarial versus intimidade dos trabalhadores? O espanhol Valdés Dal-Ré⁵⁷⁴ propõe duas formas de solucionar este conflito.

Uma delas é através da ponderação⁵⁷⁵, uma vez que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é limitada e não absoluta, e um direito fundamental só poderá ser sacrificado em razão de outro direito fundamental. A outra é através da técnica da modulação⁵⁷⁶, sendo necessário coordenar os direitos em conflito, devendo haver uma contratualização do direito fundamental, dentro do princípio da autonomia da vontade. Nesta hipótese, a colisão seria solucionada no âmbito contratual, sendo observado o princípio da boa-fé.

A forma mais clara de solucionar tais conflitos é a aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo utilizado o critério da ponderação, que deverá ser aplicado no caso concreto. Assim, as limitações aos direitos fundamentais só poderão ocorrer caso sejam imprescindíveis e proporcionais⁵⁷⁷, não podem ser usadas para atender a mera conveniência de interesses empresariais.

Barroso propõe que a aplicação da ponderação é realizada a partir de um processo dividido em três fases: na primeira fase o intérprete deverá detectar quais são as normas relevantes daquele determinado caso que estão entrando em choque e agrupá-las de acordo com a solução que sugerem; na segunda etapa deve ser analisada a interação do caso concreto com as normas; na última etapa as normas e suas repercussões no caso concreto serão ponderadas, de forma a apurar os pesos a serem dados às normas em conflito, sendo definida a norma que irá preponderar⁵⁷⁸. Luis Roberto Barroso ressalta que o princípio da proporcionalidade é o fio condutor que incide por todo este processo⁵⁷⁹.

No Tribunal Constitucional Espanhol tem sido usado o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões já citadas:

⁵⁷⁴ VALDÉS DAL RÉ, Fernando apud SIMM, 2005, p. 1300.

⁵⁷⁵ VALDÉS DAL RÉ, Fernando apud SIMM, 2005, p. 1300.

⁵⁷⁶ VALDÉS DAL RÉ, Fernando apud SIMM, 2005, p. 1300.

⁵⁷⁷ SIMM, 2005, p. 1300.

⁵⁷⁸ BARROSO, 2003, p. 70-71.

⁵⁷⁹ BARROSO, 2003, p. 71.

- a) juízo de idoneidade: adequação da medida ao objetivo proposto, vale dizer, se a medida adotada pelo empregador é suscetível de atingir aquele objetivo;
- b) juízo de necessidade: necessidade de usar-se aquela medida para alcançar o objetivo, inexistindo outra mais moderada que pudesse levar ao mesmo desiderato com igual eficácia;
- c) juízo de proporcionalidade em sentido estrito: avaliação (ponderação) da medida para constatar se dela resultam mais benefícios ou vantagens para o interesse geral que prejuízo sobre outros bens ou valores em conflito.⁵⁸⁰

Como exaustivamente destacado, os direitos fundamentais possuem limitações. Antonio Baylos, catedrático de Castilla-La Mancha, aborda esta questão e afirma que o princípio da neutralidade concorre para tanto⁵⁸¹. Tal princípio, segundo o autor, “consiste em afirmar que a liberdade e autonomia na organização da empresa impede que esta esteja obrigada a uma atuação em positivo de respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores”⁵⁸².

Assim, o empregador deve obedecer à Constituição, e respeitar os direitos fundamentais, entretanto, não deve ser obrigado a submeter a sua empresa ao exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Completa, ainda, que apenas medidas decorrentes da lei ou de acordo coletivo, por exemplo, poderiam obrigar o empresário a realizar condutas no sentido de satisfazer os direitos fundamentais dos trabalhadores⁵⁸³.

Zeno Simm aborda o *jus resistantiae* dos obreiros, de forma que quando o obreiro receber uma ordem ilegal ou ilícita ou quando tiver algum direito seu sacrificado de forma desproporcional, deverá exercer o *jus resistantiae* e garantir que seu direito não sofra violações⁵⁸⁴. Simm completa que, para tanto, é necessária a existência de mecanismos judiciais que possibilitem o acesso ao judiciário, bem como que os procedimentos colocados à disposição dos obreiros estejam em consonância com as normas constitucionais⁵⁸⁵. Neste ponto Simm ressalta a importância do processo, uma vez que é ele que

⁵⁸⁰ BAAMONDE, Maria Emilia Casas apud SIMM, 2005, 1300.

⁵⁸¹ BAYLOS, Antonio apud SIMM, 2005, p. 1300.

⁵⁸² BAYLOS, Antonio apud SIMM, 2005, p. 1300.

⁵⁸³ BAYLOS, Antonio apud SIMM, 2005, p. 1300.

⁵⁸⁴ SIMM, 2005, p. 1301.

⁵⁸⁵ SIMM, 2005, p. 1301.

assegura a efetivação dos direitos e garantias dos cidadãos, quando violados⁵⁸⁶.

No caso concreto e à luz do princípio da proporcionalidade, a ponderação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade versus a liberdade de contratar irá medir se a limitação é excessiva ou adequada.

Como exemplos têm-se os casos dos exames pré-admissionais, as revistas de rotina, a utilização de tecnologia favorecendo uma “intromissão” na vida privada dos empregados, como é o caso da fiscalização das correspondências eletrônicas. Os artigos 20 e 21 do Código Civil protegeram o sigilo das correspondências, além de outros aspectos da vida privada das pessoas, que podem e devem ser utilizados na esfera laboral.

Especificamente nos casos de colisão entre os direitos de personalidade dos trabalhadores com o poder diretivo exercido pelos empregadores, deverá ser feito um juízo de ponderação, sendo utilizado o princípio da proporcionalidade na análise do caso concreto.

Há casos em que a própria Constituição autoriza a limitação de determinado direito fundamental: um exemplo claro é o inciso XII, do art. 5º, que excepciona a inviolabilidade das correspondências e das comunicações caso exista uma ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Tal limitação feita pelo legislador é admitida uma vez que existem certas restrições que são inerentes ao próprio direito fundamental. O legislador não deve, todavia, estabelecer restrições diretas e específicas; a análise do caso concreto e a solução da colisão devem ser feitas pelo julgador.

Se na esfera civilista há casos de violação da vida privada das pessoas e dos seus direitos de personalidade, na esfera justrabalhista, na qual há uma subordinação do empregado ao empregador, o risco de ocorrer tal violação é ainda maior. Daí a importância da proteção dos direitos de personalidade dos trabalhadores e da limitação da autonomia privada, assegurando a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, princípio supremo da Carta Magna.

⁵⁸⁶ SIMM, 2005, p. 1301.

Pode-se afirmar que a nova estrutura organizacional das empresas favorece estes tipos de comportamentos, as empresas utilizam como justificativa a constante busca pela produtividade e a preservação do nome da própria empresa para interferir na vida privada e na intimidade dos obreiros, através da adoção de práticas abusivas como as revistas íntimas e a violação das correspondências eletrônicas dos trabalhadores. A defesa do direito de propriedade também é muito utilizada pelo empresariado, que desconsidera a importante função social que a propriedade deve cumprir e que, inclusive, é protegida constitucionalmente.

O próprio cotidiano da execução do contrato de trabalho acaba possibilitando a violação dos direitos de personalidade dos empregados pelos empregadores, sendo que, normalmente, ocorre a violação da intimidade, da vida privada, da imagem ou da honra do trabalhador. Um ato ilícito pode causar sérios danos à dimensão psicológica dos indivíduos, chegando a gerar abalos sociais, familiares, profissionais, além de outros, devendo ser punido e, antes de tudo, evitado.

5 – A COMUNICAÇÃO PESSOAL E PROFISSIONAL DO TRABALHADOR NA EMPRESA: ADEQUAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PROTEÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À PESSOA HUMANA EM CONFRONTO COM AS PRERROGATIVAS EMPRESARIAIS – O CASO DAS CORRESPONDÊNCIAS ELETRÔNICAS

5.1. A “nova fiscalização”

Com o avanço da globalização e o desenvolvimento tecnológico que vêm acontecendo nos últimos tempos, as relações de comunicação interpessoal estão em fase de transição. Já faz parte da vida de todos a comunicação via correspondência eletrônica, que facilita a troca de informações interpessoais, trazendo uma grande melhoria em relação aos custos e à rapidez dessa troca e, ainda, facilitando a comunicação entre pessoas que moram em regiões distantes.

Cabe ressaltar que em 1992 surgiram os primeiros provedores de acesso a *internet* nos Estados Unidos e, em 1995, essa nova tecnologia foi introduzida no Brasil⁵⁸⁷.

Nesta percepção encaixam-se as relações de trabalho, que sofrem inúmeras modificações diante da nova realidade que aparece, uma vez que a *internet* traz às empresas um grau elevado de eficiência, aumentando, inclusive, a produtividade e a competitividade do mercado.

Além da utilização doméstica do *e-mail*, inicia-se o seu uso profissional, uma vez que as empresas passam a utilizá-lo como principal instrumento de comunicação interna e externa nas relações de trabalho, tornando-se este um de seus principais instrumentos de troca de informações.

A partir daí, surgem novas questões que ainda não estão pacificadas na ordem jurídica, como é o caso do poder de controle que o empregador pode exercer sobre as correspondências eletrônicas de seus empregados.

⁵⁸⁷ COELHO, Luciano Augusto de Toledo; e NETO, Alberto Emiliano de Oliveira Neto. Direito à intimidade e à privacidade – email do empregado. **Revista do TRT da 8ª Região**, vol. 36, n. 71, dez. 2003, p. 139.

Começam a surgir contraposições entre o Poder fiscalizatório dos empregadores e os direitos à intimidade e à privacidade dos empregados, como já visto.

O advento de novas tecnologias possibilita que o empregador exerça uma fiscalização sobre as informações trocadas pelos seus empregados. Como ele é o proprietário dos meios que foram colocados à disposição dos empregados, pressupõe-se que poderá exercer uma fiscalização sobre a forma com que os empregados estão utilizando o computador e, ainda, que tipos de informações estão trocando via correspondência eletrônica.

Nesse sentido, explica Alexandre Agra Belmonte:

[...] o mesmo empregador que detém a propriedade dos equipamentos utilizados no ambiente de trabalho, também detém a organização da força produtiva e o direito de fiscalizar a correta utilização dos meios colocados à disposição do empregado para a realização do trabalho pelo qual é ele remunerado, o que pode tornar mais acessíveis às intromissões na intimidade das pessoas. A informática e os aparatos eletrônicos de vídeo, escuta e revista podem terminar desnudando a intimidade alheia.⁵⁸⁸

Como abordado no capítulo anterior, o Poder empresarial assegurado ao empregador confere-lhe legitimidade para fiscalizar as atividades exercidas dentro da empresa, sendo que o art. 2º, *caput*, da CLT, garante ao empregador o Poder de direção dos serviços prestados. Nesse sentido, o art. 482 da Consolidação das Leis de Trabalho reconhece o Poder empresarial e, ao mesmo tempo, o limita com o intuito de que o empregador não o utilize de forma abusiva⁵⁸⁹.

A Carta Magna tutela a proteção à intimidade e à privacidade da pessoa humana em seu art. 5º, inciso X e assegura o sigilo à correspondência no inciso XII do mesmo artigo⁵⁹⁰. É importante ressaltar que o artigo 151 do Código Penal tipifica a violação da correspondência, sendo crime devassar a

⁵⁸⁸ BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2004, p. 1031.

⁵⁸⁹ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. Porto Alegre: **Repertório de Jurisprudência de IOB**, n.º 15/2002, caderno 2/ 1º agosto, p. 420.

⁵⁹⁰ COELHO; NETO, 2003, p.139.

correspondência fechada dirigida à outrem, o crime é punido com pena de 1 ano a 6 meses de detenção ou multa.

Vânia Aieta assinala que a informação tornou-se um bem de extrema importância para as empresas, sendo considerada a “alma do negócio”, e por isso os empresários buscam por formas mais eficazes de protegê-la⁵⁹¹. A autora cita alguns instrumentos utilizados nesta proteção: *firewalls*, *passwords* e *e-tokens*⁵⁹². Esses mecanismos evidenciam como a modernidade trouxe instrumentos que podem ser inseridos nas relações empregatícias de forma velada, muitas vezes sem o conhecimento dos obreiros.

Diante deste novo quadro, a utilização do correio eletrônico apresenta-se como meio de comunicação extremamente eficiente e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de difusão da informação. Assim, as correspondências eletrônicas tornam-se alvo de fiscalização pelas empresas.

Por outro lado, alguns autores afirmam que a utilização deste novo instrumento pelos empregados, de forma abusiva e desvinculada dos objetivos profissionais, acarreta prejuízos para a empresa: a possibilidade de aquisição de vírus no computador, consumo de tempo e recursos das empresas, lentidão na rede, dentre outros⁵⁹³. Tais fatos levam o empresariado a buscar novas formas de monitorar as correspondências de seus empregados.

Vânia Aieta assevera que o monitoramento das correspondências pode ser realizado de diversas maneiras. Um deles é o método chamado objetivo ou completo: o *software* de monitoramento eletrônico confere o conteúdo de troca de qualquer informação que passe pelo computador, além de outros dados:

⁵⁹¹ AIETA, 2006, p. 63.

⁵⁹² A autora esclarece a forma de funcionamento dos instrumentos: *Firewalls*, *passwords* e *e-tokens* são dispositivos que proporcionam maior proteção e segurança a usuários em ambiente de rede. *Passwords* são senhas alfanuméricas utilizadas em ambiente de rede para autenticar o usuário, ou seja, é utilizada no processo de verificação da identidade de um usuário, assegurando que este é quem realmente diz ser. [...] Por sua vez, os *firewalls* são dispositivos constituídos pela combinação de *software* e *hardware*, utilizados para dividir e controlar o acesso entre as redes de computadores. Esse mecanismo de proteção da intimidade certamente mais seguro e eficaz, funciona como uma espécie de “porteiro das redes corporativas”. Desse modo, no momento em que o usuário conecta-se na rede, os *firewalls* permitem que todos os seus passos sejam registrados e verificados, só sendo permitido àquele indivíduo o ingresso em áreas autorizadas, sendo em qualquer hipótese checada a sua senha. Ao depois, os *e-tokens* são pequenas chaves plásticas que possuem um microchip interno que funciona como uma chave de identificação do usuário, impedindo que uma pessoa que não a possua possa operar um computador. In AIETA, 2006, p.63-64.

⁵⁹³ AIETA, 2006, p. 65.

sites visitados, tempo de permanências nos sítios, dados trocados⁵⁹⁴. O método randômico é a conferência de *e-mails* e históricos de navegação pela *Internet* com uma frequência imprevisível e indeterminada⁵⁹⁵. Existe também um monitoramento feito a partir de fotografias tiradas da tela do computador com uma certa frequência, entretanto tal técnica é cara e inviável em grandes empresas⁵⁹⁶.

Segundo a autora, o método mais eficaz é o da procura pré-determinada, que funciona da seguinte forma:

[...] a aplicabilidade do mecanismo protetivo se dá através de uma busca por filtros eletrônicos na inteireza dos e-mails em tráfego pela rede interna da empresa, assim pelas mensagens instantâneas recebidas e enviadas e nas páginas da *Internet* visitadas pelos empregados, à procura de palavras-chave (por exemplo, uma palavra obscena), e também através de arquivos com formatos específicos ou destinatários e remetentes pré-determinados.⁵⁹⁷

Diante das controvérsias e colisões de princípios que podem surgir em decorrência da nova situação introduzida às relações de trabalho na chamada “era digital”, passa-se a fazer uma análise das possibilidades de solução para esses conflitos, através de adequações jurídicas, que deverão ser feitas para possibilitar a fiscalização sem agressão aos direitos fundamentais.

5.2. Correspondência eletrônica: repercussões jurídicas

Passa-se a analisar, especificamente, o tratamento da correspondência eletrônica no meio jurídico, principalmente na área juslaboral, onde esta ferramenta é bastante utilizada e tem sido objeto de diversas controvérsias.

Vânia Aieta conceitua a correspondência eletrônica como “um mecanismo disposto por meio eletrônico que tem como finalidade principal a

⁵⁹⁴ AIETA, 2006, p. 65.

⁵⁹⁵ AIETA, 2006, p. 65.

⁵⁹⁶ AIETA, 2006, p. 66.

⁵⁹⁷ AIETA, 2006, p. 66.

transmissão de conteúdo à distância”⁵⁹⁸. A correspondência eletrônica é uma forma eficaz e rápida de troca de informações entre pessoas em diversos locais, considerada um dos grandes benefícios introduzidos nas relações laborais pelo avanço tecnológico.

O *e-mail* pode ser equiparado a um documento escrito, possuindo as mesmas características, bem como natureza jurídica, da correspondência postal. A correspondência postal é tutelada pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República, e entende-se que esta tutela também se estende às correspondências eletrônicas.

Importante ressaltar que as correspondências eletrônicas podem ser particulares ou corporativas. As correspondências particulares são aquelas utilizadas para fins pessoais, o endereço normalmente é vinculado a algum provedor gratuito colocado à disposição de todos na *internet*.

A correspondência corporativa é aquela que carrega o nome da empresa em seu endereço, é fornecida aos empregados pelo empregador, e a sua utilização é feita principalmente para troca de informações profissionais, facilitando e barateando essa troca. O *e-mail* corporativo é utilizado para o trabalho, sendo acessado através do computador fornecido pela empresa e com *software* da empresa.

A doutrina não é unânime com relação à inclusão da proteção das correspondências corporativas no artigo que protege as correspondências postais.

Para David Araújo, devido a suas características, o *e-mail* corporativo não é abrangido pela norma do artigo 5º, inciso XII da Constituição de 1988⁵⁹⁹. Alguns autores entendem que as correspondências corporativas possuem natureza jurídica de ferramentas de trabalho, e não de correspondência postal⁶⁰⁰.

Luiz Alberto David Araujo afirma que existe uma diferença entre correspondência comercial e correspondência pessoal. Para o autor, a correspondência pessoal é aquela que veicula informações da vida particular da pessoa, e comercial é aquela que trata de questões profissionais, pode ser

⁵⁹⁸ AIETA, 2006, p. 67.

⁵⁹⁹ ARAUJO, 2002, p. 117.

⁶⁰⁰ DALAZEN, João Oreste *apud* AIETA, 2006, p. 69.

dirigida a uma empresa, a uma pessoa em particular, ou até mesmo a um setor de determinada empresa⁶⁰¹. O autor afirma que ambas podem ser enviadas para os endereços de *e-mails* particulares ou corporativos, sendo mais comum o seu envio aos corporativos.

Para David Araujo somente as correspondências que veiculam informações pessoais estão protegidas pela norma constitucional (art. 5º, inciso XII), as corporativas estariam protegidas somente quando veiculassem segredos comerciais, não tendo a sua proteção a mesma extensão que a da correspondência pessoal⁶⁰². Araujo explica que essa diferenciação decorre da natureza da informação trocada⁶⁰³, por exemplo, quando um empregado está de férias, o seu substituto pode ler as correspondências e tomar as providências necessárias para dar andamento na atividade laboral.

A autora Sandra Lia Simon defende a inclusão das correspondências eletrônicas na proteção do artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna de 1988:

[...] o fato de não ter identidade com a comunicação postal não deixa o correio eletrônico desprotegido. O constituinte, já preocupado com o avanço tecnológico, no mesmo dispositivo que assegura o sigilo da comunicação postal protege, também, o sigilo da comunicação de dados (art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal).⁶⁰⁴

Os autores Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho defendem que quando o artigo 5º, inciso XII, da CR/88, fala em inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, deve-se entender que a correspondência eletrônica está incluída nesta proteção, uma vez que se trata de uma forma de comunicação privada⁶⁰⁵.

Os autores interpretam a norma constitucional de forma restritiva, e afirmam que eventual autorização judicial para violar o sigilo das correspondências estaria restrita aos procedimentos criminais, e não ao

⁶⁰¹ ARAUJO, 2002, p. 107.

⁶⁰² ARAUJO, 2002, p. 107.

⁶⁰³ ARAUJO, 2002, p. 108.

⁶⁰⁴ SIMON, Sandra Lia. Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. São Paulo: **Revista LTr**, 2000, p. 158-159.

⁶⁰⁵ COELHO; NETO, 2003, p. 140.

processo civil e ao processo trabalhista, nos termos da Lei 9.296/96⁶⁰⁶. Dessa forma, para os autores, eventual quebra de sigilo dos *e-mails* dos empregados não poderia servir como prova em processo trabalhista, uma vez que deve ser considerada prova ilícita, não podendo ser utilizada como meio de convencimento pelo julgador⁶⁰⁷.

Esclarece-se, a tempo, que a utilização de prova ilícita afronta diretamente o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988, sendo vedada não somente a obtenção da prova ilícita, mas também o seu efeito, como destaca Manuel Galdino da Paixão Júnior⁶⁰⁸. Manuel Galdino afirma que ao se pensar em ilicitude da prova:

[...] vem à lembrança o art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, embora não se esqueça do art. 332 do Código de Processo Civil e do art. 233 do Código de Processo Penal, sempre com a imaginação presa a uma gama de notícias divulgadas sobre gravações clandestinas, violações de correspondências, torturas, invasões, de domicílio, interceptação de conversa telefônica e outras formas de violação da intimidade do cidadão, sabendo-se que, na Constituição da República, se garantem as inviolabilidades da vida privada e da imagem das pessoas.⁶⁰⁹

Dessa forma, quaisquer provas obtidas através de fiscalizações empregatícias exercidas de forma abusiva, que violem a intimidade e a privacidade do obreiro, serão consideradas ilícitas e não poderão ser utilizadas em eventual ação judicial. A busca de determinadas provas depende de autorização judicial prévia.

A doutrina e a jurisprudência ainda não se manifestaram de forma unânime acerca dos limites da fiscalização, questão imprescindível para a constatação da ilicitude da prova em determinados casos, que serão trazidos à baila.

As correspondências corporativas estão inclusas na proteção constitucional dada às correspondências postais, uma vez que são meios de

⁶⁰⁶ A Lei 9.296/96, no parágrafo único do seu artigo 1º, equiparou as comunicações eletrônicas às comunicações telefônicas, em relação às quais é pacífico que cabe a quebra do sigilo por determinação judicial, em instrução processual penal, In COELHO; NETO, 2003, p. 140.

⁶⁰⁷ COELHO; NETO, 2003, p. 141.

⁶⁰⁸ PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 283.

⁶⁰⁹ PAIXÃO JÚNIOR, 2002, p. 283.

comunicação e devem ser respeitadas. Insta ressaltar que podem existir limites impostos pelo empregador ao uso dos *e-mails* corporativos, entretanto tais limitações devem atender certos requisitos, como será debatido.

Não existe entendimento pacífico acerca da proteção dada às correspondências eletrônicas e ao seu uso, a jurisprudência começa a se manifestar através da resolução de casos concretos.

5.3. Análise de situações concretas

Como debatido, a colisão de princípios fundamentais existentes nas situações em que colidem o Poder fiscalizatório e os direitos de personalidade deverão ser solucionadas através da ponderação, que por sua vez será feita a partir da análise do caso concreto.

Inicialmente, com o advento da utilização das correspondências eletrônicas nos ambientes laborais, as mensagens corporativas dos funcionários eram consideradas invioláveis em respeito ao direito à privacidade. Entretanto, esse entendimento foi sendo modificado pelos Tribunais Trabalhistas.

Recentemente, no ano de 2000, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho julgou, de forma unânime, o Recurso de Revista n.º 613-2000-013-10-00-7, prolatando acórdão que considerou válida a prova exibida em juízo pelo empregador (publicado pelo DJ em 10/06/2005)⁶¹⁰, HSBC Seguros, obtida através de rastreamento do *e-mail* corporativo da empresa, com o intuito de identificar o responsável pela divulgação de fotos pornográficas através dos equipamentos e sistemas de informática da empresa, sem que com isso fosse considerada a existência de violação à intimidade e à privacidade do empregado.

A decisão de primeira instância havia anulado a justa causa sob a alegação de que a inviolabilidade da correspondência, tutelada na Constituição da República, seria absoluta. Entretanto, o Tribunal Regional do Trabalho do

⁶¹⁰ AIETA, 2006, p. 70.

Distrito Federal e Tocantins, 10ª Região, reformou a decisão de primeiro grau sob o fundamento de que o *e-mail* corporativo é de uso estritamente profissional, uma vez que possui natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho⁶¹¹. O Tribunal Superior do Trabalho confirmou o acórdão do TRT da 10ª Região.

O Ministro João Oreste Dalazen, relator do acórdão em questão, entende que:

[...] o monitoramento da atividade do empregado traduz exercício de propriedade do empregador sobre o computador, sobre o provedor e sobre o próprio correio eletrônico, não havendo qualquer intimidade ou privacidade do empregado a ser preservada, na medida em que essa modalidade de *e-mail* não é colocada à disposição do empregado para fins particulares. Não se pode vislumbrar direito à privacidade na utilização de um sistema de comunicação virtual engendrado para o desempenho da atividade empresarial e um ofício decorrente do contrato de emprego.⁶¹²

O Ministro propôs que a utilização do *e-mail* deve ser restrita aos assuntos profissionais, sendo que os empregados poderão utilizá-lo para fins particulares apenas nos casos em que exista um consentimento neste sentido por parte do empregador. Outra questão foi tratada pelo Ministro João Oreste Dalazen: a senha pessoal que a empresa fornece aos seus empregados.

Firmou-se o entendimento de que a senha “não é uma forma de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens”⁴⁶. O que o acórdão propõe é que a senha serve, principalmente, para evitar que terceiros tenham acesso às informações da empresa. Por fim, o relator do acórdão admitiu que os empregados podem utilizar o *e-mail* corporativo para fins particulares, desde que o façam sempre observando os bons costumes e a moral⁶¹³.

Ainda, na decisão proferida, o relator citou, a título exemplificativo, a regulação dada a essa matéria no Reino Unido. O Ministro acredita que esse

⁶¹¹ NOVO, Cátia Guimarães Raposo. A utilização de meios eletrônicos à luz do princípio da proporcionalidade. São Paulo, **Suplemento Trabalhista**, LTr, 2005, p. 447.

⁶¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Uso de e-mail corporativo** [...]. Recurso de Revista 613-2000-013-10-00-7. Relator Ministro João Oreste Dalazen. Brasília 18 de mai. De 2005. Disponível em www.tst.gov.br/basesjuridicas. Acesso em 10 de mar. de 2009.

⁶¹³ FIGUEIRÔA JÚNIOR, Narciso. O uso do *e-mail* no ambiente de trabalho. Curitiba: **Gênesis**, Revista de Direito do Trabalho, set./out. 2005, p. 899.

país evoluiu muito nesse assunto, pois em 24 de outubro do ano de 2000, foi introduzida a Lei RIP, “*Regulation of Investigatory Power*”, que autoriza os empregadores a monitorar não só os *e-mails*, como também os telefonemas de seus empregados⁶¹⁴.

A Suprema Corte Norte-Americana manifestou-se acerca do assunto e decidiu que o empregado tem direito à proteção, mas essa proteção não pode ser absoluta, devido ao próprio ambiente de trabalho e a finalidade da caixa de *e-mail* que recebeu. Narciso Figueirôa Júnior esclarece que:

A Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de proteção legal, mas não de forma absoluta, sufragando a tese de que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador, não tem expectativa de privacidade quanto a ela, tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador.⁶¹⁵

A partir de tal entendimento começaram a surgir diversas ações trabalhistas sob o argumento de invasão de privacidade em decorrência do monitoramento de correspondências corporativas. Entretanto, a maioria das cortes americanas adota posicionamento de que em relação aos *e-mails* corporativos fornecidos pelos empregadores não há expectativa de privacidade⁶¹⁶.

Como exemplo pode-se citar o caso *Chevron*, a empresa foi condenada a pagar uma indenização no valor de dois milhões e duzentos mil dólares em razão de assédio sexual cometido por um de seus empregados que enviou um *e-mail* com o seguinte conteúdo: “25 razões provando que cerveja é melhor que mulheres”⁶¹⁷. Este caso evidencia a responsabilidade do empresário em decorrência dos atos de seus empregados, principalmente no caso de *e-mail* corporativo.

Mais recentemente, em 2005, passou a vigorar decreto no Estado do Paraná, abrangendo todos os órgãos ligados ao governo paranaense, restringindo o acesso dos funcionários públicos à *internet* e, a partir de então,

⁶¹⁴ FIGUEIRÔA JÚNIOR, 2005, p. 899.

⁶¹⁵ FIGUEIRÔA JÚNIOR, 2005, p. 899.

⁶¹⁶ AIETA, 2006, p. 80.

⁶¹⁷ ARAUJO, 2002, p. 114.

todos os funcionários teriam que ter chave de acesso e senha para se conectar a rede de computadores⁶¹⁸.

Esse decreto teve o intuito de possibilitar a fiscalização, pelos gestores públicos, dos *sites* que estão sendo acessados pelos funcionários no horário de trabalho. Como explica Leda Maria Messias da Silva, o secretário especial para Assuntos Estratégicos, Nizan Pereira, constatou, que estava ocorrendo um excesso de acessos a sítios pornográficos, salas de bate-papo, inclusive sítios para baixar músicas, e que essas condutas ocorriam, principalmente, nos períodos de plantões dos finais de semana, o que, obviamente, comprometia o atendimento dado à população, ocasionando lentidão nos sítios de serviços do Estado⁶¹⁹.

Além da constatação da ocorrência excessiva dessas práticas irregulares, essa medida tomada pelo Estado do Paraná possuía outro objetivo, qual seja, a própria proteção do Estado contra possíveis casos de participação solidária em crimes praticados pelos funcionários públicos, como explica Leda Maria:

[...] a medida visa, também, prevenir o governo de eventual participação solidária em crimes, pois o acesso a *sites* de teor racista, por exemplo, através de computadores de repartições públicas ou privadas, poderia ensejar denúncia contra o usuário da máquina, pela prática de crime, assim como o patrão, que é denunciado por participação solidária.⁶²⁰

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região já se deparou com o conflito existente entre o Poder de controle empregatício e os direitos de personalidade do trabalhador. Recentemente, no ano de 2006, foi publicada decisão no Diário de Justiça de Minas Gérias (DJMG)⁶²¹, acerca dos limites de uso dos *e-mails* corporativo e pessoal.

Luiz Otávio Linhares Renault, relator da decisão, entendeu que a correspondência corporativa colocada à disposição do empregado pode ser

⁶¹⁸ RAZZAK, Sâmbar. Governo restringe acesso à internet. **O Estado do Paraná**. Curitiba, quarta-feira, 6 de julho de 2005, Cidades, p. 11.

⁶¹⁹ SILVA, 2006, p. 69.

⁶²⁰ SILVA, 2006, p. 69.

⁶²¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **E-mail – Limite**. [...]. Recurso Ordinário 00997-2005-030-03-00-6. Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Minas Gerais, 13 de maio de 2006. <http://www.trt3.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 18 ago. de 2009.

utilizada para fins pessoais desde que o uso seja feito de forma racional. Ao mesmo tempo, Luiz Otávio Linhares Renault afirmou que o empregador pode estabelecer limites ao uso do computador da empresa, vedando a sua utilização para fins pessoais, desde que o faça de forma clara, escrita ou verbal.

Se, diante destas limitações, o empregado utiliza o computador para acessar seu *e-mail* pessoal, ele estará praticando ato de indisciplina ou insubordinação e poderá ser demitido por justa causa. O simples acesso já configura o ato, sendo desnecessária a violação do *e-mail*, ato repudiado pelo Relator.

Luiz Otávio Linhares Renault salientou que a violação da correspondência eletrônica somente poderia acontecer em casos de extrema necessidade, para fins de prova em processo em que haja autorização judicial. Luiz Otávio Linhares Renault defendeu que a proteção ao sigilo das correspondências constante do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal abrange as correspondências eletrônicas.

O Relator asseverou que a possibilidade de fiscalização de *e-mails* do empregado, ainda que em computador da empresa, é ato que poderia extrapolar os limites da empresa, podendo ser chamado de “desterritorialização do poder empregatício”, uma vez que estaria violando a intimidade não só de seu empregado, mas de terceiro, aquele que enviou ou recebeu a mensagem e que não se encontra na subordinação prevista pelo artigo 3º da CLT.

Por fim, Renault sabiamente ressaltou a importância da existência de um ponto de equilíbrio entre os direitos constitucionais e o Poder empresarial, cabendo aos operadores do direito garantirem a proteção efetiva ao direito à intimidade. Isto acontece, de acordo com Renault, porque a evolução da tecnologia e a sua conseqüente inserção nas relações sociais tem sido mais veloz que a evolução do Direito, o que acaba gerando uma abdicação de valores nobres e arduamente conquistados pelo ser humano.

Enfim, o tema em estudo é bastante controvertido e diversos autores tratam do assunto, apresentando as soluções que lhes pareçam as mais corretas. Passa-se, então, a análise dos pontos de vista encontrados sobre a

questão da fiscalização das correspondências eletrônicas e as adequações jurídicas que devem ser colocadas em prática.

5.4. Formas de adequação: como solucionar o conflito?

As posições doutrinárias acerca do tema são diversas, alguns seguem o entendimento jurisprudencial, outros adotam posição mais radical com relação à fiscalização. Alguns autores tentam estabelecer parâmetros que regulem a forma como deverá ser exercido o Poder de controle sobre os empregados, como será demonstrado a seguir.

A doutrina que defende a possibilidade de fiscalização das correspondências corporativas considera que estas são ferramentas disponibilizadas aos obreiros pelos empregadores, e afirma que:

[...] para o envio e recebimento de mensagens via correio eletrônico faz-se necessário ter um computador, um contrato de acesso à rede por meio de um provedor e um endereço eletrônico, o empregador disponibilizou todo este aparato técnico que faz parte do patrimônio da empresa, colocando-o à disposição dos funcionários como ferramenta de trabalho disponibilizada pelo empregador para o exercício da função, sendo, portanto, bem intangível de propriedade da empresa.⁶²²

Além destas justificativas, os defensores da fiscalização argumentam que pelo fato de todos saberem que o conteúdo do *e-mail* corporativo poderia ser lido pelo administrador do provedor, a fiscalização seria justificada uma vez que o *e-mail* não possuiria privacidade⁶²³. Outra questão levantada é a ação dos *hackers* e as ameaças de vírus que podem acabar violando informações sigilosas das empresas⁶²⁴.

O americano William S. Habbartt, citado por David Araújo, entende que o *e-mail* corporativo poderá ser fiscalizado uma vez que é a forma oficial de comunicação profissional e afirma que os empregados devem usar uma

⁶²² AIETA, 2006, p. 71-72.

⁶²³ AIETA, 2006, p. 73.

⁶²⁴ AIETA, 2006, p. 73.

linguagem adequada nas mensagens⁶²⁵. O americano elege algumas pontuações acerca da política de privacidade dos *e-mails*:

- a) o *e-mail* é uma forma oficial de comunicação da empresa. Todos os terminais de computadores, *modems*, linhas telefônicas e sistemas de *software* são propriedade da empresa. O uso da propriedade da empresa é permitido aos empregados e devem atender ao regulamento para o seu uso;
- b) o sistema de *e-mail* é apenas para o uso profissional da empresa. Assuntos pessoais e outros assuntos não profissionais não são permitidos. Qualquer assunto que não seja o profissional específico do seu cargo não será permitido na correspondência eletrônica;
- c) mensagens ofensivas, com conteúdo sexual ou com conteúdo racial são proibidas;
- d) empregados são responsáveis por usar sua senha de acesso em seus *e-mails* e caixas postais. Empregados não devem acessar *e-mails* ou caixas postais de outros empregados;
- e) o uso de senha de acesso à caixa postal, fornecida pela empresa, não configura que as comunicações são privadas. A empresa acessará a caixa postal e verificará o conteúdo das mensagens;
- f) informações profissionais confidenciais não devem ser veiculadas por *e-mail*;
- g) empregados devem observar as práticas de comunicação dos *e-mails* da mesma forma que observam as regras de comunicação comercial da empresa.⁶²⁶

Existem autores com entendimentos diversos dos acima expostos. Uma parte da doutrina condena a prática da fiscalização das correspondências eletrônicas, mesmo as corporativas, e argumenta que qualquer tipo de vigilância seria uma ameaça à intimidade.

Um dos defensores desta posição é Antônio Carlos Spis, Secretário Nacional de Comunicação da Central Única dos Trabalhadores, a CUT, que afirma ser a entidade contra a fiscalização, sob o fundamento de que pode haver um desvio desse tipo de rastreamento para uma vigilância de caráter ideológico⁶²⁷. A Força Sindical posiciona-se de forma contrária a tal vigilância e, como nos ensina Aieta,

[...] afirmou que a permissão às empresas de realização do monitoramento eletrônico é uma agressão à liberdade individual e que, guardadas as devidas proporções, seria semelhante à revista íntima feita pelo empregador no horário de saída dos funcionários.⁶²⁸

⁶²⁵ HABBARTT, William S. *apud* ARAUJO, 2002, p. 119.

⁶²⁶ HABBARTT, William S. *apud* ARAUJO, 2002, p. 119.

⁶²⁷ AIETA, 2006, p. 74.

⁶²⁸ AIETA, 2006, p. 74.

Aqueles que adotam tal posicionamento defendem que o simples fato de o empregador disponibilizar a correspondência corporativa para seus obreiros como ferramenta de trabalho, não legitima a fiscalização sem uma justificativa prévia, sob pena de ofender os direitos fundamentais dos trabalhadores⁶²⁹.

Ademais, argumentam que o direito de propriedade e o uso do *e-mail* para mensagens de cunho não estritamente profissional não poderiam legitimar a interceptação das correspondências enviadas pelos empregados⁶³⁰. Como exemplo, é possível citar a questão dos telefones: mesmo sendo ferramenta colocada à disposição dos empregados, as escutas telefônicas são consideradas abusivas e ilícitas quando não possuem prévia autorização judicial⁶³¹.

Lênio Streck é contra a vigilância das correspondências eletrônicas e defende que para que a privacidade não seja violada é necessária a existência de um mandato judicial autorizando a fiscalização⁶³². Na mesma linha, José Afonso da Silva entende que o monitoramento das correspondências eletrônicas dos empregados acaba “por impedir o desenvolvimento de seu pensamento e de sua personalidade, sendo violado o seu direito à liberdade de expressão”⁶³³.

Vânia Aieta salienta que, sob este ponto de vista, o *e-mail* poderia ser compreendido como:

[...] um instrumento de reflexões, críticas, discussões e reivindicações sobre as condições de trabalho, mas torna-se, através da prática de monitoramento irrestrito, um mecanismo de controle abusivo que obriga o empregado a um comportamento conformista e em permanente vigilância pela empresa, tal como o olho censor do “Big Brother”, de Orwell.⁶³⁴

Com relação ao argumento que defende a fiscalização em decorrência de eventual responsabilização da empresa por ato de seus empregados perante terceiros (artigo 932, inciso III do Código Civil e Súmula 341 do TST), a

⁶²⁹ AIETA, 2006, p. 74.

⁶³⁰ AIETA, 2006, p. 74.

⁶³¹ AIETA, 2006, p. 75.

⁶³² STRECK, Lênio *apud* AIETA, 2006, p. 76.

⁶³³ SILVA, José Afonso da *apud* AIETA, 2006, p. 76.

⁶³⁴ AIETA, 2006, p. 77.

posição contrária à vigilância pondera que “existem instrumentos tecnológicos menos invasivos que podem evitar danos aos agentes externos, sem necessidade de desrespeito à garantia fundamental”⁶³⁵.

Antônio Silveira Neto completa:

Na esteira deste raciocínio, a empresa pode se valer de programas que impedem o envio de mensagens para endereços não cadastrados, rastreando de maneira impessoal palavras ofensivas nas mensagens, desde que previamente comunicado, além de impedir o encaminhamento de imagens não relacionadas com o trabalho, proibindo por meio de código de conduta interno, o envio de imagens ou arquivos anexados aos e-mails.⁶³⁶

Vânia Aieta salienta que através da citação de Antônio Silveira Neto, depreende-se que parte da doutrina contrária à vigilância defende a não violação do conteúdo das mensagens, não excluindo a possibilidade da empresa fixar regras e limites à utilização do *e-mail* corporativo⁶³⁷.

Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho argumentam que o Poder diretivo do empregador deve ser revisto, uma vez que, principalmente depois da Carta Magna de 1988, a idéia de uma sociedade mais solidária e fraterna está prevalecendo sobre o individualismo próprio dos regimes liberais⁶³⁸. Os autores acreditam que é inaceitável, por exemplo, que a propriedade dos meios de produção possa violar direitos fundamentais dos indivíduos, tutelados na Constituição Federal.

Nessa esteira, acentuam os autores que a garantia da dignidade dos indivíduos se sobrepõe ao Poder diretivo dos empregadores, limitando esse poder e protegendo os trabalhadores⁶³⁹. Ainda, propõem que, durante a execução do contrato de trabalho, deve ser respeitada a boa-fé objetiva, agindo as partes com lealdade, havendo um respeito mútuo da dignidade da pessoa humana.

Especificamente sobre a fiscalização das correspondências eletrônicas pelos empregadores, entendem os autores que esta não pode ser feita em

⁶³⁵ NETO, Antônio Silveira *apud* AIETA, 2006, p. 77.

⁶³⁶ NETO, Antônio Silveira *apud* AIETA, 2006, p. 77.

⁶³⁷ AIETA, 2006, p. 77.

⁶³⁸ COELHO; NETO, 2003, p. 146.

⁶³⁹ COELHO; NETO, 2003, p. 146.

respeito à dignidade humana, privacidade e intimidade dos empregados, dispõem:

[...] o empregador, por mais que seja proprietário dos computadores e softwares que integram o estabelecimento comercial, não encontra no direito de propriedade a autorização para violar as correspondências eletrônicas de seus empregados. Não é razoável (proporcional) que o direito de propriedade do empregador deva prevalecer sobre o direito à intimidade e à privacidade do empregado.⁶⁴⁰

Nesse sentido, Mário Antônio Lobato de Paiva propõe:

[...] não há como vulnerar os direitos constitucionais protegidos senão que o empresário deverá, ademais, optar, sensata e ponderadamente, por políticas adequadas de controle da atividade laboral que favoreçam um ambiente de trabalho relaxado e confiável que proporcione autonomia e intimidade, evitando o receio, a previsão e o mal-estar dos trabalhadores por meio de condutas excessivas derivadas do poder empresarial.⁶⁴¹

Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho vão mais além e entendem que os *e-mails* dos empregados, mesmo que tratem de assuntos diversos da atividade laboral, não poderão ser violados, de maneira alguma⁶⁴².

Essa violação não poderá ser feita, segundo os autores, nem mesmo em situações que houver previsão no contrato de trabalho proibindo o acesso a sítios particulares, sendo que tal cláusula será considerada nula sob a presunção de que houve coação na contratação⁶⁴³. Asseveram que, da mesma forma, é considerada nula a cláusula contratual em que o empregado renuncia a privacidade do correio eletrônico, como aconteceu em uma montadora de carros no Estado de São Paulo⁶⁴⁴.

Em relação à aplicação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição, acreditam que deve ser estendida à correspondência eletrônica por entendimento analógico, por ser uma forma de comunicação pessoal. Sendo

⁶⁴⁰ COELHO; NETO, 2003, p. 146.

⁶⁴¹ PAIVA, 2002, p. 417.

⁶⁴² COELHO; NETO, 2003, p. 146.

⁶⁴³ COELHO; NETO, 2003, p. 147.

⁶⁴⁴ COELHO; NETO, 2003, p. 147.

assim, este artigo é mais uma limitação ao monitoramento dos *e-mails*, segundo os autores.

Outra parte da doutrina estabelece certos parâmetros a serem seguidos pelos empregadores, de forma a legitimar a fiscalização sob determinadas condições, respeitando a intimidade e a privacidade dos trabalhadores.

Luiz Alberto David Araujo entende que a fiscalização é legítima desde que o empregado seja avisado previamente e seja informado que a correspondência corporativa deve ser utilizada somente para fins profissionais⁶⁴⁵. Afirma que o ideal seria que os limites de uso, a fiscalização, bem como os atos que ensejariam faltas graves, estivessem explícitos no contrato de trabalho⁶⁴⁶.

Narciso Figueirôa Júnior concorda com a decisão prolatada pelo TST, inclusive em relação à proposta de que o *e-mail* para uso profissional não pode ser equiparado à proteção constitucional dada às correspondências no art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, e, ainda, em relação à somente ter proteção constitucional a comunicação estritamente pessoal⁶⁴⁷.

Aduz o autor que, com o intuito de evitar conflitos entre os empregadores e os empregados, o ideal é que exista uma cláusula específica regulando o assunto nos contratos individuais de trabalho e no regulamento interno da empresa⁶⁴⁸. Propõe, também, que seria interessante regular a matéria através de acordo ou convenção coletiva do trabalho, uma vez que ainda não existe uma legislação regulando o assunto:

A via coletiva também é indicada, sendo conveniente que os atores sociais estabeleçam regras básicas de utilização de correios eletrônicos em acordo ou convenção coletiva de trabalho, no sentido de prevenir eventuais litígios, sendo medida preventiva enquanto não haja legislação própria sobre o tema.⁶⁴⁹

Na mesma esteira, propõe a autora Leda Maria Messias da Silva, que o melhor a se fazer para evitar conflitos é deixar bem claro qual é a forma de utilização do *e-mail* corporativo, ou seja, deve estar exposto em regulamento

⁶⁴⁵ ARAUJO, 2002, p. 119.

⁶⁴⁶ ARAUJO, 2002, p. 119.

⁶⁴⁷ FIGUEIRÔA JUNIOR, 2005, p. 899.

⁶⁴⁸ FIGUEIRÔA JUNIOR, 2005, p. 899.

⁶⁴⁹ FIGUEIRÔA JUNIOR, 2005, p. 899.

interno da empresa os limites de uso do *e-mail* e os empregados devem ter ciência desse regulamento⁶⁵⁰. Ainda, se o uso for moderado, será tolerado.

Sendo assim, caso o empregador fiscalize se o empregado está utilizando o *e-mail* de maneira diversa da estabelecida no regulamento, mesmo tendo ciência da existência dele, não estará ferindo o direito à intimidade de seus empregados.

Para Leda Maria o regulamento interno deve propormde maneira clara os limites deste uso, quais são as páginas e os tempos livres de acesso, deixar claro que a fiscalização será feita e, se não o fizer, a empresa vai ser considerada responsável pela utilização de forma criminosa feita por algum de seus empregados. Mesmo que não sejam abertas exceções para o uso das correspondências eletrônicas para fins particulares, deverá a empresa expor essa regra em seu regulamento interno.

Leda Maria Messias da Silva salienta que o empregado que estiver ciente de todas as regras impostas pela empresa, mesmo assim, utilizar o e-mail de forma inadequada, estará praticando a justa causa que a CLT regula no art. 482, podendo o empregador rescindir o seu contrato de trabalho⁶⁵¹.

Ainda, propõe a autora que caso o empregador autorize a utilização da correspondência eletrônica para fins particulares ou, ainda, caso seja omissos quanto a essa questão, se tiver suspeitas de estar ocorrendo mau procedimento na utilização dos equipamentos por parte de algum de seus empregados, terá que requerer auxílio judicial. Não poderá fiscalizar ele mesmo, sob pena de estar violando a intimidade e a privacidade de seus empregados, podendo, inclusive, sofrer um pedido de rescisão contratual indireta com indenização moral e material⁶⁵².

Por fim, a autora conclui sabiamente:

No entanto, o empregado não é uma mera máquina que repete ações totalmente voltadas à produtividade. Não podemos esquecer, que aquele trabalhador antes de tudo é um ser humano com carências

⁶⁵⁰ SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangências e limitações. São Paulo: **Revista LTr**, Vol. 70, n. 1, janeiro de 2006, p. 70.

⁶⁵¹ SILVA, 2006, p. 70.

⁶⁵² SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: Direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. São Paulo: **Revista LTr**, 2005, p. 422.

existenciais, emocionais, além de na maioria das vezes, imolado por carências materiais. E, portanto, a empresa do século XXI, deve proporcionar um ambiente de trabalho, que embora vise a produtividade, para a manutenção do capital social, e, em consequência até mesmo do emprego, também tenha como objetivo um ambiente atrativo e socialmente agradável para o seu empregado.⁶⁵³

Sérgio Pinto Martins propõe que quando existe proibição expressa no regulamento interno da empresa sobre a utilização para fins particulares e o correio interno é da empresa, poderá existir um monitoramento das correspondências⁶⁵⁴. Além disso, sustenta a idéia de que o empregado, no horário de trabalho, está à disposição do empregador, podendo ser fiscalizado, uma vez que não deve enviar *e-mails* para outras pessoas que não se relacionem com o serviço.

Também neste sentido, o jurista Estevão Mallet, conclui que caso o empregado saiba que está sujeito à fiscalização, não poderá alegar que seu direito à intimidade foi ferido, pois existe um consentimento à exposição dessa intimidade, que atua como excludente da ilicitude da fiscalização pelo empregador, sendo desnecessária a autorização judicial⁶⁵⁵.

Por outro lado, as autoras Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá, concordam com a autora Leda Maria Messias da Silva, quanto à possibilidade de que o empregador sofra um ação de rescisão contratual indireta e indenização por danos morais e materiais, sem prejuízo de um eventual processo criminal, caso autorize de forma expressa a utilização do *e-mail* corporativo para fins particulares ou seja omissivo e não respeite a intimidade do empregador⁶⁵⁶. Como já dito, nestas circunstâncias, caso exista suspeita de mau procedimento, deverá ser feito requerimento à autoridade judicial, para que possa existir uma fiscalização.

A autora Cátia Raposo Guimarães propõe que o intérprete deverá resolver os conflitos existentes entre o poder do empregador e os direitos à dignidade da pessoa humana, e os que deste decorrem, dos empregados, de

⁶⁵³ SILVA, 2006, p. 71.

⁶⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 21ª Edição, 2005, p.334.

⁶⁵⁵ MALLET, Estevão. Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, 2005, p. 68.

⁶⁵⁶ DUARTE; TUPINAMBÁ, 2002, p. 317.

forma a optar por um princípio, mas não afastar o outro por completo⁶⁵⁷. Aduz a autora que para que os princípios não sejam violados é preciso que se estabeleçam certos limites e, com isso, possa ser feita uma interpretação do caso concreto e desses limites impostos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Com esse entendimento, a autora elenca determinados requisitos que deverão ser observados na solução dos conflitos. O primeiro deles, que vários autores também aderem, é que deve haver expressa proibição do uso das correspondências eletrônicas para fins pessoais no regulamento interno da empresa ou no contrato de trabalho e, além disso, deve o empregado ser previamente notificado acerca da possibilidade de fiscalização de seus e-mails, como outros autores também propõem. A autora vai além e estabelece mais três requisitos que deverão ser analisados, em casos de possível aplicação de penalidades ao empregado pelo uso indevido do *e-mail*⁶⁵⁸.

Em primeiro lugar, segundo Cátia Raposo, devem estar especificados os limites do uso, os sítios proibidos e as penalidades que poderão ser aplicadas em decorrência do descumprimento do regulamento; deve estar explícito que as penalidades ali previstas serão aplicadas a todos os empregados da empresa, sem qualquer espécie de discriminação entre cargos ou funções; por fim, para que possa configurar a justa causa:

[...] há de ser observado os seus institutos legais, tais como, a) as circunstâncias da falta cometida, a dizer: nexo causal entre a falta e a penalidade; b) adequação entre a falta e a pena aplicada; c) proporcionalidade entre ela; d) imediatividade da punição; e) ausência do perdão tácito; singularidade da punição (*non bis in idem*); f) ausência de discriminação, consoante acima mencionado, e, g) o caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar com a correspondente graduação de penalidade.⁶⁵⁹

Rodríguez-Piñero afirma que na Espanha a jurisprudência tem entendido que só poderá haver intervenção nos *e-mails* quando a restrição for proporcional ao fim almejado e a repercussão na intimidade do obreiro for mínima, esclarece:

⁶⁵⁷NOVO, 2005, p. 449.

⁶⁵⁸NOVO, 2005, p. 449.

⁶⁵⁹NOVO, 2005, p. 450.

[...] la jurisprudencia ordinaria ha entendido que es legítima la intervención sobre las comunicaciones Del trabajador cuando la restricción Del derecho sea proporcional al fin legítimo que persigue com relación a um riesgo existente y com uma mínima repercusión sobre la intimidad del trabajador.⁶⁶⁰

Vânia Aieta compartilha o entendimento de que a fiscalização das correspondências eletrônicas será legítima somente quando os empregados tiverem ciência prévia de que estão sendo fiscalizados⁶⁶¹. Vânia reitera:

A exigibilidade de ciência prévia dos trabalhadores de que estão sendo monitorados pelos seus empregadores apresenta inexcusável justeza na medida em que a questão envolve uma natureza trabalhista.⁶⁶²

Vânia salienta que a informação prévia ao empregado acerca da fiscalização é necessária inclusive para que possa ser configurada a justa causa, uma vez que não é possível acusar o empregado de cometer um ato de indisciplina ou insubordinação, caso ele não saiba quais são os limites que deve observar⁶⁶³. Assim, através do regulamento interno é possível padronizar o uso das correspondências eletrônicas, e o seu desrespeito poderá ser considerado ato de indisciplina ou insubordinação.

Deve-se ressaltar a existência da diferenciação entre o uso das correspondências pessoais e o uso das correspondências corporativas. As últimas são utilizadas pelo empregado através de bens da empresa: computador, provedor da *internet*, bem como endereço eletrônico e, via de regra, veiculam informações relacionadas à atividade laboral. Além disso, as correspondências eletrônicas corporativas são consideradas ferramentas de trabalho colocadas à disposição dos empregados. Apesar de possuírem caráter profissional, sua fiscalização não pode ser realizada sem restrições, como já demonstrado.

Entretanto, a utilização das correspondências eletrônicas para fins pessoais deve ser pautada pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

⁶⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel *apud* SIMM, 2005, p. 1299.

⁶⁶¹ AIETA, 2006, p. 84.

⁶⁶² AIETA, 2006, p. 85.

⁶⁶³ AIETA, 2006, p. 85.

Resolver questões urgentes, familiares, pagamento de contas, através do uso do *e-mail* corporativo não configura prática abusiva.

Passa-se, então, a tratar da fiscalização das correspondências eletrônicas particulares. Entende-se que as correspondências pessoais não podem ser fiscalizadas, mesmo que acessadas de terminais pertencentes à organização empresarial. A proteção constitucional assegura não só o direito à intimidade e à privacidade, mas também o sigilo da correspondência, que alcança as correspondências eletrônicas particulares, na medida em que tutela qualquer forma de comunicação pessoal. Vânia Aieta salienta que o princípio da inviolabilidade da correspondência manifesta-se como uma tutela indireta ao direito à intimidade⁶⁶⁴.

As garantias constitucionais de proteção à intimidade, à privacidade e ao sigilo das correspondências devem ser respeitadas, são garantias constitucionais, entretanto nenhuma liberdade individual é absoluta, os empregados não poderão se utilizar dessas garantias com o intuito de proteger práticas indevidas, como tem entendido o Supremo Tribunal Federal⁶⁶⁵.

Certo é que existem limites à fiscalização do empregador sobre o *e-mail* corporativo de seus empregados, a dificuldade está exatamente em estabelecer quais são esses limites e, segundo alguns autores, a fiscalização não pode ser permitida, nem mesmo quando feita com limitações. Assim, a impossibilidade de uso do *e-mail* corporativo para fins particulares deve estar prevista no contrato de trabalho ou em regulamento interno da empresa.

A divulgação do conteúdo da correspondência eletrônica do obreiro fiscalizada pelo empregador extrapola os limites do Poder empregatício fiscalizatório e é conduta ilícita que desrespeita a dignidade da pessoa humana, bem como a intimidade e a privacidade do indivíduo.

Fernando Eberlin estabelece algumas ações preventivas que devem ser seguidas pelo empresariado, com o intuito de minimizar o risco de violação da intimidade e da privacidade dos trabalhadores, são eles:

- avisar os empregados de todo procedimento de controle e fiscalização, de preferência quando da contratação;

⁶⁶⁴ AIETA, 2006, p. 67.

⁶⁶⁵ COELHO; NETO, 2003, p. 147.

- criar um regulamento ou emitir memorandos e notas claras a todos os empregados sobre as regras da empresa com relação aos métodos de controle e fiscalização;
- observar, para a instituição de qualquer procedimento de controle, a ocorrência da necessidade, adequação e razoabilidade;
- utilizar o método de controle menos agressivo para alcançar o fim desejado;
- procurar fazer um acordo com o sindicato antes de adotar o procedimento de controle.⁶⁶⁶

Vânia Siciliano Aieta propõe que existem situações nas quais é possível vislumbrar a existência de segurança e produtividade sem o monitoramento eletrônico, através de um processo preventivo⁶⁶⁷. A autora levanta as seguintes sugestões:

O empregador pode, por exemplo, adotar programas que venham impedir o envio de mensagens para destinatários não predeterminados; pode também optar por criar ferramentas com a finalidade de se obstruir a transmissão de mensagens que ultrapassem sua política de segurança.⁶⁶⁸

Entretanto, Aieta ressalta que existem empresas que, devido às características da atividade que exerce ou do alto número de empregados que possui, realmente têm que adotar uma política de segurança mais rígida e adotam o monitoramento eletrônico de seus empregados⁶⁶⁹. Nestes casos, a autora entende que a empresa deve adotar a prática de informar previamente aos seus empregados que suas mensagens poderão ser rastreadas e assinala bem que:

A empresa deverá, entretanto, proceder ao desenvolvimento de uma política de uso de e-mail e de navegação pela Internet que terá natureza de regulamento interno, devendo ser registrada em cartório de títulos e documentos para que seja unida de publicidade. Tal política deverá conter regras minuciosas e expressas, estabelecidas dentro dos limites da razoabilidade e da legalidade, sempre respeitando a dignidade da pessoa humana.⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ EBERLIN, Fernando, 2006, p. 105-106.

⁶⁶⁷ AIETA, 2006, p. 86.

⁶⁶⁸ AIETA, 2006, p. 86.

⁶⁶⁹ AIETA, 2006, p. 86.

⁶⁷⁰ AIETA, 2006, p. 87.

A autora completa afirmando que é importante que exista a anuência expressa, através da assinatura de todos os empregados, adotando uma política de transparência, sendo de extrema importância a participação de uma entidade de classe na elaboração das políticas a serem adotadas⁶⁷¹. Ademais, Aieta ressalta que a elaboração da regulamentação do monitoramento eletrônico deverá observar os procedimentos da norma NBR ISSO/IEC 17799⁶⁷².

Além de todos os requisitos acima explanados, há de se ressaltar que o monitoramento somente deverá acontecer nos casos em que exista um indício objetivo que evidencie o uso abusivo da correspondência eletrônica por parte do empregado. Deve ser levada em consideração a razoabilidade, não configurando abuso o uso do *e-mail* corporativo por apenas alguns instantes para resolver questões pessoais urgentes.

Com as novas realidades que são impostas constantemente à sociedade e à ordem jurídica, é preciso que se busquem novas soluções para os conflitos que emergem dessas situações, nesse sentido, Maurício Godinho Delgado ensina:

Esses são alguns dos desafios propostos pelo novo contexto democrático brasileiro ao direito laboral do País. Felizmente, a Ciência nos ensina que tais tipos de desafios somente são propostos em momentos em que há, objetivamente, possibilidades reais de os enfrentar e de os resolver. Infelizmente, também, a História nos ensina que essas possibilidades reais nem sempre se concretizam. De qualquer modo, o saudável benefício da dúvida já é um poderoso estímulo ao debate e à reflexão.⁶⁷³

No ordenamento jurídico não existem normas específicas regulando a fiscalização das correspondências eletrônicas corporativas e pessoais no ambiente laboral. Entretanto, encontram-se princípios e regras gerais que podem e devem ser aplicadas ao caso concreto, enquanto não é elaborada forma de regulação mais específica.

⁶⁷¹ AIETA, 2006, p. 87.

⁶⁷² Norma criada em 2001 pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, com o objetivo de assegurar a segurança das mensagens eletrônicas em trânsito, além daquelas mantidas nos computadores, In AIETA, 2006, p. 87.

⁶⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. O Poder Disciplinar do Empregador: Desajustes da Velha Ordem Celetista ao Novo Quadro Constitucional Brasileiro. Brasília: **Jornal Trabalhista**, Ano X, n.º 466, 09 de agosto de 1993, p. 678.

A partir da análise dos direitos fundamentais dos trabalhadores e das prerrogativas empresariais concluí-se que somente os *e-mails* corporativos poderão sofrer fiscalização. Os *e-mails* particulares em hipótese alguma poderão sofrer tal controle.

Mesmo assim, o empregado deve ser previamente avisado acerca dos limites do uso desta ferramenta, seja por meio de cláusulas constantes do seu contrato de trabalho, seja por regulamentos internos. O ideal seria que o uso da correspondência corporativa fosse regulado através de negociações coletivas, com limites razoáveis e proporcionais, adequando-se tanto aos interesses empresariais quanto aos obreiros.

Ainda, a fiscalização deve ser realizada pelos meios menos invasivos possíveis, sendo proibida a violação do conteúdo das mensagens profissionais ou pessoais veiculadas pelo servidor corporativo. A única hipótese em que poderia existir uma violação mais invasiva seria através de autorização judicial. Mesmo assim, os juristas devem analisar a situação minuciosamente antes de autorizar tal violação, a suspeita deve ser fundada em motivos reais e nunca hipotéticos.

A evolução do Direito não acompanha a evolução das formas de relacionamento sociais, nem mesmo as novas tecnologias que avançam nas relações laborais de forma cada vez mais veloz possuem tutela imediata. Os conflitos vão surgindo de forma lenta, na medida em que o homem entra em contato com a tecnologia. A partir daí vão surgindo novos conflitos e colisões de direitos, instigando a jurisprudência, a doutrina e a atividade legislativa.

Enquanto não existem normas explícitas e detalhadas acerca da forma de fiscalização das correspondências eletrônicas, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade e a ponderação diante de cada caso concreto. Importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana deve servir como princípio basilar para a resolução de qualquer conflito, garantindo a efetividade da Constituição da República de 1988.

6. CONCLUSÃO

Vive-se em uma nova era? Sim, com certeza, trata-se da chamada “era digital”.

Novas formas de tecnologia avançam sobre o dia a dia e seduzem todos de tal forma, que se tornam ferramentas essenciais nas vidas das pessoas. Sim, instrumentos que há pouquíssimos anos sequer imaginava-se que existiriam, acabam por se tornar imprescindíveis na rotina. Bens como telefones celulares e computadores já estão acessíveis à maioria da sociedade.

As facilidades encontradas na utilização destes instrumentos fascina, além de enriquecerem o conhecimento de cidadãos ao redor do mundo, e encurtarem distâncias que antes pareciam intransponíveis.

Diversos setores da sociedade são beneficiados com as novas tecnologias, em especial as relações de emprego, uma vez que se tornam cada vez mais ágeis, produtivas, competitivas e, de certa forma, econômicas.

A forma de comunicação dentro das empresas também se adaptou aos avanços e agora é feita principalmente através da troca de correspondências eletrônicas. Além de ser um meio de comunicação que barateia a troca de informações, possibilita a integração de pessoas que trabalham em diversos lugares do mundo, dinamizando a atividade laboral.

Insta ressaltar a introdução das correspondências eletrônicas no ambiente laboral, e os conflitos que surgiram entre a intimidade e a privacidade dos obreiros e o Poder de controle do empresariado. O Poder de controle empresarial não pode ser exercido de forma arbitrária, sem limitações. Devem ser observados certos limites, que são encontrados principalmente nos princípios constitucionais e justralhistas.

Conclui-se, a partir do estudo realizado, que a fiscalização das correspondências eletrônicas não poderá ser feita de forma desenfreada, deverá sofrer limitação.

A princípio convém diferenciar as correspondências corporativas das particulares. As corporativas são fornecidas pelo empregador, possuem a identificação da empresa em seu endereço, são utilizadas profissionalmente,

além de serem acessadas pelos computadores das empresas. Por sua vez, os *e-mails* particulares normalmente veiculam mensagens pessoais, são endereços particulares conectados a provedores gratuitos que são colocados à disposição de todos na *internet*.

Diante disso, concluí-se que os *e-mails* particulares não podem ser objeto de fiscalização em hipótese alguma. Sua violação afrontaria diretamente a intimidade, a privacidade e a dignidade da pessoa humana do obreiro.

As correspondências corporativas, por outro lado, podem sofrer fiscalização pelos empregadores, desde que observados certos limites.

Primeiramente, ao fornecer a correspondência aos seus empregados, deve o empregador esclarecer quais serão os limites da sua utilização. As limitações deverão ser estabelecidas de forma clara em regulamento interno da empresa, ou no próprio contrato de trabalho, e todos os empregados devem estar cientes das regras impostas. A possibilidade de utilização do *e-mail* corporativo para fins particulares deve ser explicitada no regulamento da empresa.

O ideal seria que a fiscalização fosse objeto de negociação coletiva, assim ambas as partes poderiam negociar a melhor maneira de utilização do correio eletrônico.

Ainda, caso o empregador seja omissos quanto à forma de utilização desta ferramenta de trabalho, ele não poderá exercer a fiscalização, sob pena de violar os direitos de personalidade de seus trabalhadores. Diante da ausência de regulação, o empregador não poderá utilizar o instituto da justa causa, uma vez que o próprio obreiro sequer saberá quando está praticando uma conduta em dissonância com a vontade empresarial.

Por fim, convém ressaltar que a fiscalização deverá ser efetivada pelos meios menos gravosos possíveis, sendo proibida a violação do conteúdo da mensagem. Para que o empregador possa exercer uma fiscalização mais incisiva ele deverá buscar autorização judicial.

A conclusão exposta decorre da análise do princípio da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da intimidade, do Poder de controle empresarial, bem como das colisões existentes entre tais direitos.

A dignidade da pessoa humana, princípio supremo do ordenamento jurídico brasileiro, é uma norma constitucional, que deve ser garantida, protegida e efetivada. Destaca-se a sua importância principalmente com o advento do Estado Democrático de Direito pela Constituição Republicana de 1988, que tratou da dignidade como fundamento, objetivo e princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

É evidente que todos os seres humanos, sejam incapazes ou não, possuem dignidade, que é inerente ao próprio ser.

A aplicação da dignidade da pessoa humana aos casos concretos deverá ser pautada pela ponderação.

A sua aplicabilidade na seara laboral é indiscutível. Como já ressaltado, a dignidade é uma qualidade inerente ao ser humano, que não se despe de tal característica ao celebrar o contrato de trabalho. Ao contrário, a dignidade da pessoa humana é aplicada em sua plenitude ao ramo juslaboral. O trabalho é um componente essencial para a realização da dignidade da pessoa humana. O indivíduo, como ser trabalhador, afirma-se socialmente e exerce a sua dignidade.

Assim, para que exista respeito à dignidade da pessoa humana, a fiscalização das correspondências corporativas deve ser realizada de maneira limitada e razoável, obedecendo a todos os parâmetros indicados.

Destaca-se, também, a necessidade de respeito à intimidade e à privacidade dos obreiros, direitos de personalidade que decorrem da própria dignidade da pessoa humana. A intimidade e a privacidade são consideradas atributos da personalidade do ser humano.

Ao analisar a evolução da intimidade e da privacidade na sociedade diversas formas de proteção incipientes são identificadas, sendo a proteção às correspondências postais umas das primeiras manifestações de proteção à intimidade dos indivíduos.

Atualmente, a tutela às correspondências é encontrada na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII. Entende-se que as correspondências eletrônicas, como forma de troca de informações, sejam profissionais ou não, estão abrangidas pela norma constitucional. Evidencia-se, assim, a necessidade de limitação do controle dos *e-mails*.

A horizontalização dos direitos fundamentais pretende a incidência desses direitos nas relações particulares, devendo haver o respeito aos direitos de personalidade tanto dos obreiros quanto dos empregadores. Assim, é possível que exista um conflito entre os direitos fundamentais dos trabalhadores com os direitos fundamentais do empresariado. Nestes casos deverá ser utilizada a técnica da ponderação.

Da mesma forma que existem proteções trabalhistas, os empregadores também possuem prerrogativas empresariais que os legitimam a fiscalizar os seus empregados. Estas prerrogativas decorrem da garantia da propriedade privada, da autonomia privada, bem como da assunção de riscos pelo empregador ao iniciar uma atividade empresarial. Além destas prerrogativas existem limitações, além daquelas de ordem espacial e temporal, destacam-se os direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como as regulações impostas pelos próprios empresários.

Acredita-se que diante da prerrogativa de organizar, dirigir e controlar a atividade laboral, o empregador poderá fiscalizar as correspondências corporativas. Entretanto, tal fiscalização deverá ser realizada respeitando todas as limitações impostas ao Poder empregatício, culminando na efetivação da dignidade da pessoa humana.

Diante das novas tecnologias que vêm sendo introduzidas na rotina laboral e, em decorrência disto, da colisão existente entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e as prerrogativas empresariais, conclui-se que a fiscalização é legítima desde que obedeça os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Enfim, o tema analisado na presente pesquisa ainda não possui uma solução pacífica e não é regulamentado no ordenamento jurídico, como já mencionado, sendo, portanto, uma questão que merece atenção dos doutrinadores e aplicadores do direito. Trata-se, afinal, de problema muito recorrente, que precisa ser regulado, de forma a trazer segurança aos contratos de trabalho e às partes que nele figuram: trabalhador e empregador.

REFERÊNCIAS

ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Direito à intimidade X revista pessoal do empregado. Porto Alegre: **Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, v.22, n.264, p.24-29, dez. 2005.

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.14, n.55, p.60-88, abr./jun.2006.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v.6, n.24, p.21-53, out.2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (*e-mail*) e o poder diretivo do empregador. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.10, n.40, p.96-121, jul./set. 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista Forense 94**, n. 342, abr./jun. 1998, p. 121-129.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 221 , p. 159-188, jul./ago./set. 2000.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Rio de Janeiro: Padma, v. 4, n. 16, p. 59-102, out./dez. 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Interesse Público, Sapucaia do Sul , v.5, n.19 , p.51-80, maio/jun. 2003.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Uso de e-mail corporativo [...].** Recurso de Revista 613-2000-013-10-00-7. Relator Ministro João Oreste Dalazen. Brasília 18 de mai. de 2005. Disponível em <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas>>. Acesso em: 10 de mar. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **E-mail – Limite. [...].** Recurso Ordinário 00997-2005-030-03-00-6. Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Minas Gerais, 13 de mai. de 2006. Disponível em <http://www.trt3.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 de ago. 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas Relações de Trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 2004.

COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. Atentados ao direito de personalidade na seara laboral: contribuições à responsabilidade civil objetiva. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 34, n. 129, p. 95 – 111, jan. 2008.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo; e NETO, Alberto Emiliano de Oliveira. Direito à intimidade e à privacidade – *e-mail* do empregado. **Revista do TRT da 8ª Região**, vol. 36, n.º 71, p. 1-389, jul./dez de 2003.

CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. Os direitos de personalidade e o contrato individual de trabalho. São Paulo: **Synthesis**, n. 40, p. 114-116, jan. / jul. 2005.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167-185.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O solidarismo constitucional e a ampla tutela aos direitos de personalidade. Um debate a partir da jurisprudência do TST. In **O mundo do trabalho, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho.** MELO FILHO, Hugo Cavalcanti et. al. (Coord.). São Paulo: LTr, 2009, p. 249-273.

DAL COL, Helder Martinez. O princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho e a prevenção da infortúnica. **Revista de Direito do Trabalho** 29, São Paulo, n. 111, p. 234-238, jul./set. 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006a.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos da Personalidade (intelectuais e morais) e contrato de emprego. São Paulo: **Revista LTr**, Ano 63, n. 07, p. 897-903, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, Legislação do Trabalho, v. 70, p. 657-667, jun. 2006b.

DELGADO, Maurício Godinho. O Poder Disciplinar do Empregador: Desajustes da Velha Ordem Celetista ao Novo Quadro Constitucional Brasileiro. Brasília: **Jornal Trabalhista**, Ano X, n.º 466, p. 676–678, 09 de agosto de 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Proporcionalidade. Porto Alegre: **Síntese Trabalhista**, n.º 186, dez. 2004, p. 7–20.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, v. 31, p. 167-203, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho – Diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. São Paulo: **Revista de Direito dos Tribunais**, v. 27, p. 85-117, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito – clássicos e novos papéis. Belo Horizonte: **Revista Faculdade Mineira de Direito**, v. 4, n.º 7 e 8, p. 150–162, 1º e 2º semestre de 2001.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador. Porto

Alegre: **Justiça do Trabalho**: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas, v.18, n.216 , p.7-19, dez. 2001.

EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. Poder de direção de empregador versus direito à privacidade do empregado. Porto Alegre: **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v.17, n.205, p.83-107, jul.2006.

FONSECA, Simone Dias Souza Doscher da; PEREIRA, Ondina Pena. Considerações sobre o poder nas organizações. Brasília: **Revista Múltipla**, v.8, n.15 , p. 103-110, dez. 2003.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, v.32, n.121, p.29-38, jan./mar.2006.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 151-166, 2006.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com respeito à dignidade da pessoa humana. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.15, n.58,p.18-38, jan./mar.2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.11, n.44 , p.92-143, jul./set. 2003.

GIANNOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JÚNIOR, Narciso Figueirôa. O uso do *e-mail* no ambiente de trabalho. Curitiba: **Gênesis**, Revista de Direito do Trabalho, set./out. 2005, p. 895-900.

KERSTEN, Felipe de Oliveira; e MISTRONGUE, Alessandra Loyola. A invasão de privacidade: a violação de e-mails nas relações de trabalho à luz da ordem

jurídico-constitucional brasileira. São Paulo: **Revista LTr**, Legislação do Trabalho, Ano 68, p. 310–321, mar. 2004.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v.7, n.27, p. 201-222, jul. 2006.

LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar, n.238, p.207-235, out./dez. 2004.

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

MAGANO, Octavio Bueno. Dos direitos da personalidade e o direito do trabalho. São Paulo: **Revista de Direito do Trabalho**, v.29, n.111, p.154-157, jul./set. 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.

MALLET, Estevão. **Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista LTr, 2005.

MATTE, Luiza. Considerações acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: **Direito & Justiça**, v.25, n.28, p. 147-153, jul. 2003.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: LED Editora da Direito Ltda, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativos. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 107-149, 2006.

MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos de personalidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 30, n. 122, p. 22-40, abril de 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar, n. 219, p. 237-251, jan./fev./mar. 2000.

NOVO, Cátia Guimarães Raposo. A utilização de meios eletrônicos à luz do princípio da proporcionalidade. São Paulo: **Suplemento Trabalhista**, LTr, p. 447-450, 2005.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. Direito à intimidade e à privacidade - e-mail do empregado. Porto Alegre: **Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, v.20, n.233, p. 139-149, maio 2003.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de Paiva. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. Porto Alegre: **Repertório de Jurisprudência IOB**, caderno 2, n.º 15/2002.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. O direito processual comum como fonte do direito processual do trabalho. In: Sena, Adriana Goulart de, et al., (Coord.). **Processo do trabalho atual e temas conexos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas e Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª edição, p. 129-192, 2008.

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire, et. al. (Coord.). **DIREITO DO TRABALHO: Crise, Evolução e Perspectivas**. São Paulo: LTR, p. 336-399, 2004.

POLICARPO, Douglas. Evolução do trabalho e seu valor como expressão da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Porto Alegre: **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v.17, n.211, p.90-110, jan.2007.

RAZZAK, Sâmar. Governo restringe acesso à internet. **O Estado do Paraná**. Curitiba, quarta-feira, 6 de julho de 2005, Cidades.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6 Ed., 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.14, n.57, p. 5-48, out. 2006.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. BARROSO, Luis Roberto (org.). In **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª edição, p. 193-284, 2008.

SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: Direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. São Paulo: **Revista LTr**, p. 420-423, 2005.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangências e limitações. São Paulo: **Revista LTr**, Vol. 70, n.º 01, janeiro de 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v.6, n.24,p.235-252, out.2005.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, 69-111/1287-1303, novembro/2005.

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

VIANNA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v.5, n.17, p. 102-115, jan./mar. 2004.

VICENTE, Nilza Maria; JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila. Direito à intimidade nas relações de trabalho. Porto Alegre: **Síntese Trabalhista**, v.12, n.143, p.15-18, maio de 2001.