

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELETRÔNICOS NO
AMBIENTE DE TRABALHO:
a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do
empregado e o poder diretivo do empregador

Juliana Augusta Medeiros de Barros
Pesquisadora Bolsista do CNPQ

BELO HORIZONTE
2009

JULIANA AUGUSTA MEDEIROS DE BARROS

**A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELETRÔNICOS NO
AMBIENTE DE TRABALHO:**

**a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade
do empregado e o poder diretivo do empregador**

**Dissertação apresentada ao Programa
de Pós-graduação da Faculdade Mineira
de Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como
requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre, pela mestrandia
pesquisadora bolsista do CNPQ.**

**ORIENTADOR: Professor Doutor José
Roberto Freire Pimenta**

**BELO HORIZONTE
2009**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B277u Barros, Juliana Augusta Medeiros de
A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador / Juliana Augusta Medeiros de Barros. Belo Horizonte, 2009. 344 f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Proporcionalidade (Direito). 3. Aparelhos e materiais eletrônicos - utilização. 4. Direito à privacidade. 5. Trabalhadores - Disciplina I. Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 331.16

Bibliotecária: Erica Fruk Guelfi - CRB/MG 6/2068

Juliana Augusta Medeiros de Barros

A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELETRÔNICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador

Dissertação defendida e _____ com média final igual a _____, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito, área de concentração em Direito do Trabalho, junto à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2009.

Prof. Doutor José Roberto Freire Pimenta (Orientador) – PUC-MG

Prof. Doutor Márcio Túlio Viana – PUC-MG

Prof^ª. Doutora Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt - UNA

Dedico essa dissertação a todos os trabalhadores que têm a sua intimidade e privacidade vilipendiadas violentamente no ambiente de trabalho por empregadores que muitas vezes se olvidam que, mais importante que o lucro e a produtividade irrelatáveis, guiados pelas metas empresariais, estão seres humanos que devem ser tratados com dignidade; a todos os trabalhadores cujos direitos fundamentais são lesados, sobretudo através de silenciosos e discretos aparatos, fruto da evolução tecnológica, que à primeira vista encantam, mas que paulatinamente mostram o seu poder de infiltração em todos os aspectos da vida das pessoas; aos empregados e, especificamente, aos ex-empregados (posto que provavelmente já não terão emprego à época da Reclamação) que buscam a Justiça do Trabalho, sozinhos ou coletivamente, para receberem, ao menos, alguma compensação pelas agressões sofridas à sua intimidade e privacidade e, para isso, lutam para conseguir provar essas violações resultantes do exercício indiscriminado do poder diretivo do empregador.

Dedico o resultado dessa dissertação especialmente aos aplicadores do Direito, advogados, juízes e procuradores que atuam na Justiça do Trabalho, para que possam tratar da colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador como um assunto que merece a mais contundente das atenções, em virtude de sua complexidade e da necessidade de aprofundamento do estudo do tema, e para que consigam encontrar soluções racionais e justas para os problemas que lhe são apresentados cotidianamente.

Agradecimentos

Agradeço, antes de tudo, a Deus, por estar sempre ao meu lado, me guiando e me dando forças para superar os obstáculos, por mais intransponíveis que eles possam parecer.

Aos meus pais, mestres da vida e de profissão, por me passarem os valores que me fazem ser o que sou hoje e por me fazerem crer que a honestidade, o caráter e a educação são ainda as chaves para a superação do homem.

Ao meu pai, pela seriedade e compromisso com que sempre trabalhou como professor de “futuros engenheiros”, e à minha mãe que, ensinando desde as letras aos pequenos até a filosofia aos grandes e “futuros educadores”, dedicou toda uma vida ao magistério e à arte de ensinar.

À minha querida irmã, por sempre acreditar nas minhas “lutas diárias” ao longo do tempo e aos meus irmãos pela presença.

Aos pequenos Yuri e João Otávio, por abrandarem meu coração, me deixando mais feliz, aos cunhados e ao resto da família pelo diálogo.

Ao meu querido Thiago, por todo o amor que me dedica, pelo companheirismo, pelos “ouvidos e ombros” durante toda a jornada do Mestrado e pela ajuda essencial na “engenharia” desse trabalho.

Aos meus amigos, por compartilhar idéias de vida, de comportamento, risos, tristezas e “sonhos”.

Aos colegas, por trocarem experiências e ensinamentos e tornar mais rico o processo de nossa formação.

À música e às letras, por serem o pano de fundo da minha vida, embalando meus passos e ações.

Aos professores do Mestrado, pelas lições transmitidas e, especificamente, aos professores José Roberto Freire Pimenta, Luís Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana e Maurício José Godinho Delgado por me fazerem aprender muito mais sobre o Direito.

Ao professor Renault, pela grande consideração e colaboração durante todo o tempo do Mestrado, por sempre me incentivar, de forma realmente motivante, a seguir em frente e por aplicar e interpretar o Direito do Trabalho “evolutivamente”.

Ao professor Godinho, por ensinar e exaltar a importância do trabalho regulado e do Direito do Trabalho para a evolução político-sócio-econômica das pessoas e dos países e, por isso, me fazer amar ainda mais esse ramo do Direito e trabalhar por ele.

Ao professor Márcio Túlio, pelas “luzes” que me transmitiu ao longo da minha vida acadêmica, na graduação e no Mestrado, e por ensinar “com arte” sobre o Direito.

Agradeço, especialmente e de forma honrosa, ao professor e orientador José Roberto, pela excelência como magistrado e professor, o que só enriquece a formação de seus alunos; por ser mais que um orientador, mas, sim, um “educador” de seus orientandos; pela seriedade e respeito com as nossas dissertações; e, também, pelas parcerias ao longo desses dois anos, além de toda a atenção e consideração durante esse tempo.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, por ajudar a me propiciar uma formação de qualidade.

Ao Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento – CNPQ, pelo excelente trabalho de fomento e incentivo à pesquisa realizado em todo o Brasil e pela ajuda que tornou possível a conclusão do Mestrado e dessa dissertação.

Aos funcionários da Biblioteca da PUC-Minas, da Secretaria da Pós-Graduação em Direito e do Xerox, por trabalharem e contribuírem, cada qual a seu modo, para a conclusão dessa etapa da minha vida.

Aos funcionários da Secretaria da Graduação da Faculdade de Direito da PUC-Minas, pela colaboração e atenção durante o tempo do meu estágio de docência junto à Graduação da Faculdade.

Aos alunos da PUC-Minas, por me fazerem compreender que ensinar é compartilhar diversos tipos de aprendizagem, e não somente a acadêmica, e que, quanto mais árdua essa tarefa, mais gratificante ela se torna.

“As pessoas que se ligam por vínculos laborais não se transformam em máquinas ou mercadorias, não se transmudam em “coisas”, mas continuam dotadas de personalidade singular. Ainda que do ponto de vista sociológico o empregado se perca no anonimato da fábrica e do ponto de vista técnico seja um entre tantas unidades de cálculo, reduzido a um algarismo; ainda que o setor de recursos humanos o reduza a um expediente, o ser que trabalha não pode perder a sua qualidade de humano; o que significa dizer: haverá de ser tratado sempre com devido respeito à sua dignidade.”

Pérez Botija

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico alcançado pela humanidade no momento atual influencia sobremaneira a forma como se estabelecem as relações jurídicas, em virtude da rapidez e facilidades propiciadas por aparatos eletrônicos cada vez mais dinâmicos e evoluídos. Através do poder diretivo, os empregadores se valem de diversos desses meios – tais como o polígrafo (ou detector de mentiras), o detector de metais, as câmeras de vídeo, os telefones fixos e celulares e a *internet* e o *e-mail* para a organização do processo produtivo, a proteção do patrimônio empresarial e para a fiscalização do trabalho prestado pelos empregados no ambiente de trabalho. O poder diretivo se origina do contrato de trabalho firmado com o empregado e tem como fundamentos constitucionais os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual, além de possuir como uma de suas finalidades, também constitucional, a proteção ao direito fundamental de propriedade. Por outro lado, as pessoas, pelo fato de trabalharem, não perdem a qualidade de seres humanos e nem os direitos que visam proteger a sua personalidade, entre eles os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade. Tanto o direito fundamental de propriedade do empregador como os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do empregado possuem eficácia direta e imediata na relação de emprego, que é uma relação jurídica privada em que incidem normas de ordem pública para tentar mitigar a desigualdade entre os seus sujeitos. Em se tratando da relação de emprego, as normas principiológicas da intimidade e da privacidade do empregado poderão tentar restringir ou limitar a satisfação das normas principiológicas da propriedade do empregador, da liberdade contratual e da livre iniciativa, na tentativa de prevalecerem e vice-versa. Ou seja, essas normas podem entrar em colisão, em virtude da utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho. Para solucionar os conflitos entre essas normas, faz-se necessário aplicar o princípio da proporcionalidade desenvolvido pela doutrina alemã, e, especialmente, o critério da ponderação, última etapa do processo que visa harmonizar princípios constitucionais. O princípio da proporcionalidade possui tríplice dimensão, sendo constituído pelos critérios ou máximas da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. No processo de harmonização entre normas constitucionais, o que não se pode perder de vista é que a ponderação de interesses deverá ter sempre como norte o princípio da dignidade humana, pois não é possível que a dignidade do trabalhador seja violada. Assim, na análise das hipóteses recorrentes listadas pela doutrina e dos casos que são decididos por juízes e Tribunais do Trabalho, pode ser traçada uma sistematização para solucionar a colisão entre as normas principiológicas em tela, em face da utilização de aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho. Essa sistematização possibilita a solução de qualquer situação que envolva a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, seja as ações a serem apreciadas pela Justiça do Trabalho, seja os Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo Ministério Público do Trabalho e, ainda, as políticas de utilização desses aparatos construídas unilateralmente pelo empregador ou em conjunto com os trabalhadores, através de seus sindicatos.

Palavras-chave: Meios eletrônicos. Ambiente de Trabalho. Direitos à intimidade e à privacidade. Poder diretivo. Eficácia direta e imediata. Direitos fundamentais. Proporcionalidade. Ponderação de interesses.

ABSTRACT

The technological development reached by humanity at this moment, influences extremely the manner how the juridical relations are established, due to the quickness and facilities offered by electronic devices even more dynamic and developed. Through the directive power, the employers make use of various electronic means like the polygraph (lie detector), metal detectors, videocameras, telephone and cell phones, internet and e-mail for organization of production, protection of enterprises and for fiscalization of work in the labour environment. The directive power starts with a labour agreement between employer and employee and has its constitutional basis on the principles of free initiative and contractual freedom, besides the finality of protection of the fundamental right of property. For other side, people, due to the work, don't lose the quality of human beings neither the rights that protects their personality, the fundamental rights to intimacy and privacy. The fundamental right of property of employer as much as the fundamental rights of privacy and intimacy of employee have direct and immediate efficacy on job relation, that is, a private juridical relation that falls upon standards of public order to minimize inequality between its subjects. In the case of job relation, the standards with structure of principle, like the employee's intimacy and privacy may try to restrict or limit the right of employer's property and the principles of contractual freedom and free initiative tempting to predominate and vice-versa. That is, these standards can collide, due to the utilization of electronic devices at work environment. To solve the conflicts between these standards it's necessary to apply the principle of proportionality developed by German doctrine and, specially, discretion of pondering, last step of process to harmonize constitutional principles. The principle of proportionality has three dimensions, being established by adequacy, necessity and proportion in strict sense or balancing. In the process of harmonization, what can't be lost of view is that ponderation of interests must always have in mind the principle of human dignity, because it's not possible the violation of employee's dignity. Therefore, from the analysis of recurrent hypothesis listed by doctrine and from cases decided by judges and Labor Courts, can be traced a systematization to solve conflicts among the principles mentioned, due to utilization of electronic devices in work environment. That systematization makes possible the solution of any situation which involves the collision between the rights to intimacy and privacy of employees and the employer's directive power: procedures pondered by Labour Justice, the Conduct Adjustment Intention Term settled by Labor Prosecuting Counsel and still, politics of use of these devices established unilaterally by employer or together with employees, through their syndicates.

Key-words: Electronical devices. Work environment. Rights to intimacy and privacy. Directive power. Immediate and direct efficacy. Fundamental rights. Proportionality. Balancing of interests.

LISTA DE ABREVIATURAS

Abr. - Abril

Ago. - Agosto

Ampl. - Ampliada

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

Atual. - Atualizada

Coord. - Coordenador

Dez. - Dezembro

Ed. - Edição

Fev. - Fevereiro

Jan. - Janeiro

Jun. - Junho

Jul. - Julho

Mar. - Março

N. - Número

Nov. - Novembro

Ns. - Números

Org. - Organizador

Out. - Outubro

Rel. - Relator

Rel^a. - Relatora

Rev. - Revisada

Set. - Setembro

V. - Volume

LISTA DE SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADSL – Asymmetric Digital Subscriber Line ou "Linha Digital Assimétrica para Assinante"

AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista

ARPA – Advanced Research Project Agency ou Agência de Projeto de Pesquisas Avançadas

ARPANET – Internet Advanced Research Project Agency

BITNET – Because It's Time Network

BREW – Binary Runtime for Wireless Environment ou Ambiente Binário de Tempo de Execução para Aplicativos sem Fio

CC – Carbon Copy

CC/1916 – Código Civil de 1916

CCD – Charge Coupled Device ou Dispositivo de captação da imagem

CD – Compact Disc ou Disco Compacto

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CFTV – Circuito fechado de televisão

CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CPU – Unidade central de processamento

CUT – Central Única dos Trabalhadores

DVD - Digital Versatile Disk ou Disco Versátil Digital

EARN – European Academic and Research Network

ED – Embargos de Declaração

EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações

EUA – Estados Unidos da América

EUNET – European Unics Network

HTML – Hiper Text Markup Language

HTTP – Hipertext Transport Protocol

ICQ - I Seek You ou Eu Procuvo Você

IRC – Internet Relay Chat

JUNET - Japan Unix Network ou Rede de Sistemas Unix do Japão

LAN – Local Area Network

MCT – Ministério da Ciência e Tecnologia

MMS – Multimedia Messaging Service

MP3 – MPEG 1 Layer-3 (MPEG - Moving Pictures Experts Group ou Grupo de Especialistas de Imagens em Movimento).

MSN - Messenger

NSF – National Science Foundation

NSFNET – Internet National Science Foundation

PC – personal computer

P&B – Preto e branco

POP – Post Office Protocol

RNP – Rede Nacional de Pesquisa

RO – Recurso de Revista

RR – Recurso de Revista

SMS – Short Message Service

SNTP – Simple Mail Transport Protocol

STF – Supremo Tribunal Federal

TCP/IP – Transmission Control Protocol/Internet Protocol

TELNET – Telecommunication Network ou Rede de Telecomunicações

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

URL – Universal Resource Locater

VHSWAN – Wide Area Network

WAIS - Wide Area Information Servers ou Servidor de Informações em Área Expandida

WAP - Wireless Application Protocol ou Protocolo de Aplicação sem Fio

WWW – World Wide Web

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	p. 16
2 AMBIENTE DE TRABALHO E MEIOS ELETRÔNICOS	p. 22
2.1 Ambiente de trabalho	p. 22
2.2 Dos meios eletrônicos utilizados no ambiente de trabalho	p. 24
2.2.1 <i>Definição de meios eletrônicos</i>	p. 24
2.2.2 <i>Os polígrafos ou “detectores de mentiras”</i>	p. 26
2.2.3 <i>Detectores de metais</i>	p. 28
2.2.4 <i>Câmeras de vídeo</i>	p. 30
2.2.5 <i>Telefones fixos</i>	p. 34
2.2.6 <i>Tefones Celulares</i>	p. 37
2.2.7 <i>Computadores</i>	p. 40
2.2.8 <i>A internet</i>	p. 42
2.2.8.1 <u>World Wide Web ou “www”</u>	p. 47
2.2.8.2 <u>Correio eletrônico ou e-mail</u>	p. 48
2.2.8.3 <u>Outros serviços da internet</u>	p. 52
3 DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE	p. 55
3.1 Evolução histórica	p. 55
3.2 Direitos à intimidade e à privacidade como direitos fundamentais	p. 58
3.3 Direitos à intimidade e à privacidade como direitos da personalidade	p. 66
3.4 Direitos à intimidade e à privacidade ou vida privada: tentativa de uma definição e diferenciação	p. 73
3.5 Dimensões dos direitos à intimidade e à privacidade	p. 87
3.6 Os direitos à intimidade e à privacidade na legislação infraconstitucional	p. 91
3.7 Prevenção e reparação da violação aos direitos à intimidade e à privacidade.....	p. 94
4 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR	p. 97
4.1 O fenômeno do poder na relação de emprego	p. 97
4.2 Fundamentos do poder empregatício	p. 102
4.2.1 <i>Fundamentos doutrinários</i>	p. 102
4.2.2 <i>Fundamentos legais infraconstitucionais</i>	p. 110
4.3 Embasamento jurídico-constitucional pertinente: fundamentos e finalidades. p.	111
4.4 Natureza jurídica do poder empregatício	p. 127
4.5 O poder diretivo do empregador e suas dimensões	p. 130
5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	p. 139
5.1 As normas de direitos fundamentais	p. 139
5.2 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	p. 147
5.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: correntes doutrinárias no direito comparado	p. 148
5.4 A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas: a doutrina brasileira.....	p. 161

5.4 Parâmetros para a eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas	p. 165
6 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES	p. 169
6.1 Evolução histórica do princípio da proporcionalidade e sua sedimentação no Direito Constitucional Brasileiro	p. 169
6.2 O princípio da proporcionalidade segundo a doutrina alemão	p. 182
6.3 A importância da “fórmula do peso” para a argumentação jurídica racional na ponderação de interesses	p. 188
6.4 A dignidade da pessoa humana e o seu papel na ponderação de interesses	p. 199
.	.
7 A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO: DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO EMPREGADO EM COLISÃO COM O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR	p. 203
7.1 O polígrafo ou “detector de mentiras”	p. 203
7.2 Os detectores de metais e as revistas pessoais	p. 211
7.3 As câmeras de vídeo	p. 221
7.4 A utilização dos telefones fixos e celulares	p. 225
7.5 O monitoramento do <i>e-mail</i> corporativo, do <i>e-mail</i> pessoal e da “navegação” na <i>internet</i>	p. 235
8 O TEMA SOB O PRISMA DO MARCO TEÓRICO ADOTADO	p. 269
8.1 A eficácia direta e imediata dos direitos à intimidade e à privacidade do empregado e do direito de propriedade do empregador na relação de emprego	p. 271
8.2 A ponderação de interesses entre as normas principiológicas da intimidade e da privacidade do empregado e as da propriedade, livre iniciativa e liberdade contratual do empregador	p. 281
8.3 A questão da previsão dos métodos de controle dos empregados no regulamento empresarial, no contrato de trabalho e nos instrumentos coletivos	p. 307
9 CONCLUSÃO	p. 316
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 327

1 INTRODUÇÃO

O despertar para a presente pesquisa ocorreu a partir de algumas aulas ministradas na Especialização em Direito e Processo do Trabalho, por mim cursada em 2006, quando professores da Pós-Graduação mencionaram a possibilidade de utilização, em casos práticos trabalhistas, das teorias da horizontalização dos direitos fundamentais e da ponderação de interesses, como formas de solucionar conflitos jurídicos entre direitos fundamentais em colisão.

Algum tempo depois, surgiu a idéia de se estudar a questão da intimidade e da privacidade do empregado no ambiente de trabalho, diante da tendência cada vez mais intensa da utilização pelo empregador de meios eletrônicos no ambiente de trabalho, seja para fomentar a produção, seja para exercer controle e fiscalização sobre os trabalhadores. Pois bem, estavam lançadas as bases para a construção do desafio ao qual me proponho nesse trabalho.

Sem dúvida, é importante observar que o grau de desenvolvimento tecnológico alcançado pelo homem no atual momento histórico da civilização humana vem alterando sobremaneira a estrutura social em que hoje se vive.

Cada vez mais se faz presente a utilização de meios eletrônicos nos mais diversos setores da sociedade, fruto da globalização da tecnologia, com vistas a facilitar as comunicações e garantir seu amplo acesso às pessoas, aumentar a velocidade da produção de bens e para fins de fiscalização e controle dos seres humanos.

Modernamente, as empresas vêm utilizando dispositivos que permitem um trabalho mais iterativo, cooperativo, rápido e seguro, o que é de enorme importância para a inserção econômica empresarial em um mercado cada vez mais competitivo.

Dentro dessa perspectiva, faz-se presente o uso crescente de aparatos eletrônicos no seio empresarial, de modo a acelerar a comunicação nas relações comerciais e possibilitar o controle sobre as atividades dos empregados durante a jornada laboral no ambiente de trabalho.

Nesse quadro da nova realidade, vêm surgindo inúmeras questões de caráter jurídico relativas aos limites ao poder diretivo do empregador, detentor dos meios de produção, inclusive os meios eletrônicos, e os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, com base na colisão entre os direitos fundamentais estabelecidos na ordem jurídico-constitucional brasileira.

O poder diretivo do empregador, oriundo do contrato de trabalho celebrado com o empregado, está previsto no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que o concebe como o direito de dirigir a prestação de serviços dos empregados, inclusive através da regulamentação da utilização dos recursos da empresa no ambiente de trabalho e da fiscalização e controle da atividade dos trabalhadores no exercício laboral.

O poder diretivo é consequência imediata do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa.

Não obstante tal colocação, é importante ressaltar que o empregador, como detentor do direito de propriedade sobre os meios de produção, através do poder diretivo dirige a forma como os empregados devem utilizar os bens empresariais, de forma a resguardá-los. O direito de propriedade está previsto no art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil que, não obstante garanta tal direito, o condiciona ao cumprimento de sua função social.

Por outro lado, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X, considera invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelos danos materiais e/ou morais decorrentes de sua violação.

O direito à intimidade protege o indivíduo em si mesmo contra a ingerência dos sentidos dos outros, principalmente dos olhos e dos ouvidos de terceiro, dirigindo-se contra intromissões ilegítimas e, ao mesmo tempo, confere ao ser humano a possibilidade de controlar quando e quem pode conhecer seus aspectos e informações pessoais. Seu âmbito de abrangência é mais restrito do que o direito à privacidade, que comporta a vida do indivíduo em suas nuances de convívio social e de trabalho.

A presente pesquisa, dessa forma, abordará como a intimidade e a privacidade do empregado se manifestam no ambiente laboral em face do poder diretivo do empregador que utiliza aparatos eletrônicos, ora como meios de produção, tais como o computador com acesso à *e-mail* e à *internet* ou os telefones fixos ou móveis, ora para proteger a sua propriedade e os seus produtos, lançando mão de detectores de metais, polígrafos, câmeras de vídeo e similares.

Nesse contexto, em primeiro lugar procurar-se-á apresentar uma definição de meio ambiente laboral, bem como caracterizar os métodos eletrônicos utilizados para se fazer a revista pessoal em empregados, exercer controle sobre a prestação de serviços e proteger o patrimônio empresarial.

A instalação, em diversos setores dos estabelecimentos (tais como na entrada e saída do trabalho, no recinto do exercício laboral e até em banheiros, vestiários e refeitórios), de detectores de metal, detectores de mentira (polígrafos) e aparelhos audiovisuais (como câmaras de vídeo, gravadores e microfones) é cada vez mais comum. Ao mesmo tempo, os instrumentos de comunicação gradualmente se aperfeiçoam e são utilizados em larga escala no local de trabalho, como os telefones fixos e celulares e o computador, através das suas ferramentas de acesso à *internet* e ao correio eletrônico.

Em seguida, serão abordados os direitos à intimidade e à privacidade como direitos da personalidade que são, visando esmiuçar seus conceitos, traçar as diferenças entre eles e analisar sua matriz constitucional, sem deixar, contudo, de demonstrar que tais direitos, além de fundamentais, têm como valor de existência e interpretação a dignidade da pessoa humana.

À continuação, serão analisados os poderes do empregador, com maior relevo para o poder diretivo e o poder fiscalizatório, estudando-se a sua natureza jurídica, os seus fundamentos legais e doutrinários e as suas relações com a segurança e o direito de propriedade dos meios de produção da empresa.

Na seqüência, vamos nos deter no arcabouço teórico que nos permitirá apresentar um método para a solução das colisões dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado com o direito de propriedade do empregador sobre o patrimônio empresarial a ser resguardado através do poder diretivo, em face da utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho.

Assim, será dissecada a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, doutrina defendida no Brasil por autores como Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento e inserida no que vem sendo denominado fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Procurar-se-á demonstrar que o empregado, como ser humano que é, ainda que no ambiente de trabalho, possui direito à intimidade e à privacidade, que devem ser preservadas em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, ou seja, que os direitos da personalidade do trabalhador têm eficácia imediata na relação de emprego.

Após a análise da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, nos centraremos no estudo da ponderação de interesses – teoria desenvolvida, de forma magistral, pelo alemão Robert Alexy e aperfeiçoada posteriormente por outros autores – que servirá de base para solucionar o choque entre os direitos fundamentais à intimidade e a privacidade do

empregado e o poder empregatício, intrinsecamente ligado ao direito fundamental à propriedade da produção empresarial e seus meios viabilizadores.

Robert Alexy, partindo da diferenciação entre as definições de regras e princípios como subespécies do gênero norma jurídica e com base no caráter de princípios dos direitos fundamentais, apresenta uma forma de solucionar a colisão entre princípios constitucionais através do postulado da proporcionalidade.

Tal postulado, desenvolvido pela doutrina alemã para resolver conflitos entre princípios constitucionais, se compõe de três máximas, quais sejam: máxima da conformidade e adequação dos meios; máxima da exigibilidade ou da necessidade; e máxima da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito.

Através dos juízos de ponderação, adequação e necessidade, máximas do princípio da proporcionalidade, é que será possível sopesar, no caso concreto, qual direito fundamental precederá ao outro.

Diante da realidade fática, um dos dois princípios deve recuar, sem que isso signifique, contudo, sua abdicação e conseqüente declaração de nulidade. Dependendo de cada situação, aquele princípio que outrora cedeu poderá vir a prevalecer futuramente, resolvendo-se o novo conflito de forma diametralmente oposta.

Adentrando no cerne da dissertação, analisar-se-á a controvérsia doutrinária e jurisprudencial nacional acerca da utilização dos aparatos eletrônicos, tanto para a fiscalização dos empregados como para o fomento da atividade empresarial, bem como dos limites dessa prática no ambiente de trabalho em face dos direitos à intimidade e à privacidade dos empregados.

Finalmente, trabalharemos as diversas questões atinentes ao problema do choque entre os direitos fundamentais em apreço, com fulcro no marco teórico adotado, entre elas a discussão se a revista íntima é ou não sinônimo de revista pessoal e se esta última é ou não permitida em casos em que a segurança do tipo de estabelecimento e dos próprios empregados estejam em jogo.

Trata-se de pesquisar quando as revistas, realizadas com a utilização de aparatos eletrônicos, são vexatórias, violando claramente a intimidade e a privacidade do empregado, e em que casos elas podem ser admitidas, de forma a estabelecer critérios de compatibilização entre o poder empregatício e os direitos fundamentais do trabalhador. Afinal, estamos lidando com a vida pessoal do empregado, seus hábitos, costumes e sentimentos.

Várias outras questões pertinentes serão trabalhadas concomitantemente: a sistematização entre a defesa do patrimônio e da segurança empresarial e o direito à

intimidade e à privacidade dos trabalhadores; a recusa do empregado a se submeter a esse tipo de fiscalização e os limites para o uso desses aparatos eletrônicos.

Tais questões, que já não são poucas, ganham ainda mais relevo quando se parte para os instrumentos de comunicação que gradualmente se aperfeiçoam e são cada vez mais comuns no local de trabalho, como os telefones celulares e a *internet*. O uso dos telefones fixos tradicionais, ou mesmo dos celulares fornecidos pelo empregador, vem sendo objeto de gravação, ora consentida pelo empregado, ora clandestina. Seria legítima a gravação de conversas como forma de exercício do poder de direção do empregador? Ou devem ser utilizadas outras formas menos invasivas para controlar a produtividade na empresa?

A análise da colisão entre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade *versus* o direito de propriedade, concretizado no exercício do poder diretivo, assume particular importância quando se examina a utilização dos computadores e da *internet*, como ferramentas essenciais à inserção empresarial no mercado econômico crescentemente competitivo.

Na nova realidade que se impõe, é cada vez mais comum o controle dos empregados através de “softwares” que realizam o monitoramento e rastreamento dos sites visitados na *internet* e das mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelos empregados. Os motivos principais alegados pelos empresários para realizar esse tipo de fiscalização seriam: a queda da produtividade no serviço; o uso ilícito da *internet*, posto que os empregados enviam “e-mails” pornográficos através dos computadores do empregador; e a segurança da empresa, pois os “e-mails” recebidos podem conter vírus que seriam catastróficos para a rede de informações empresarial e os “e-mails” enviados podem revelar segredos da empresa. Esse tipo de fiscalização vem, inclusive, ensejando a dispensa de empregados, seja na modalidade desmotivada, seja por justa causa.

Sem embargo, esse tipo de conduta empresarial vem sendo objeto de inúmeras controvérsias no meio doutrinário acerca da natureza técnica e jurídica do “*e-mail*” e, sobretudo, no que concerne aos limites do poder diretivo do empregador frente aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado. Nos tribunais, começam a surgir os primeiros casos de julgamento sobre o monitoramento do uso da “*internet*” como meio de prova para a dispensa dos empregados.

Até que ponto o poder de fiscalização e controle da prestação de serviços pode ser exercido de forma legítima, como reflexo de uma boa administração do trabalho e do pessoal? E a partir de quando ele se torna ofensivo à esfera íntima do trabalhador? A dificuldade que se apresenta é encontrar um equilíbrio entre os limites do direito do empregador em dirigir e

fiscalizar a prestação de serviços do empregado, de um lado, e os direitos à intimidade e à privacidade do trabalhador, de outro.

Para solucionar o conflito entre os direitos à intimidade do empregado e o direito de propriedade do empregador devem ser utilizados métodos que não levem à adoção de posições arbitrárias e irrazoáveis, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Dessa forma, sob o pálio da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e da teoria da ponderação de interesses, buscar-se-á construir um método coerente e ordenado de compatibilização entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo e o direito de propriedade do empregador, em virtude da utilização de aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho.

2 AMBIENTE DE TRABALHO E MEIOS ELETRÔNICOS

2.1 Ambiente de trabalho

De acordo com o art. 3º, inciso I da Lei n. 6.938/81, meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo, citado por Raimundo Simão de Melo, explica que:

[...] o meio ambiente de trabalho, como um dos aspectos do meio ambiente, é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).¹

O ambiente de trabalho pode ser definido, portanto, como o local em que são realizadas as atividades nucleares da empresa e desenvolvidos os processos produtivos pelos empregados. É nesse ambiente que a relação de emprego tem lugar, apresentando-se como o foco principal da presente dissertação.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, reconhece que o homem é duplamente natureza e modelador de seu meio ambiente e que de todas as coisas no mundo, as pessoas são as mais preciosas, propelindo o progresso social, criando riquezas sociais e desenvolvendo a ciência e a tecnologia. A humanidade tem o poder de transformar o meio ambiente; por isso, deve conformar suas ações, com um cuidado mais prudente em relações às conseqüências ambientais delas. A mesma tônica norteou a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.²

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é direito humano fundamental do cidadão trabalhador, conforme se depreende dos arts. 1º, 170 e 225 da Constituição Federal Brasileira. O primeiro dispositivo elenca, entre outros, como fundamento da República Federativa do Brasil, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21 *apud* MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.31, n.117, p. 205, jan./mar. 2005.

² FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho – aspectos gerais e propedêuticos. Síntese Trabalhista, n. 162, p. 122, dez. 2002.

O segundo, que trata da ordem econômica, diz que a livre iniciativa deve fundar-se na valorização do trabalho humano, assegurando a todos existência digna, observando, dentre outros, o princípio da defesa do meio ambiente.

Nesse ponto, Raimundo Simão de Melo entende que a Carta Magna procurou compatibilizar a livre iniciativa para o desenvolvimento econômico com o respeito à dignidade humana no trabalho, assegurando e incentivando a liberdade econômica, desde que observados os princípios que norteiam a dignidade, no caso, o respeito ao meio ambiente do trabalho como novo direito da personalidade.³

O terceiro dispositivo assegura a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, sendo que as condutas e atividades consideradas lesivas a ele sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No meio ambiente laboral é que irão tomar vulto não somente os direitos sociais dos empregados, inclusive os direitos relativos à saúde, higiene e segurança do trabalho, como outrossim, os direitos à vida e à integridade física e psicológica do trabalhador. Ou seja, no ambiente de trabalho os direitos fundamentais individuais, tais como o direito à intimidade e privacidade, à honra e à imagem dos trabalhadores, serão objeto de proteção legal.

Isso significa que o ambiente laboral deve ser adequadamente organizado do ponto de vista físico e humano para o desenvolvimento da atividade empresarial, de maneira a propiciar uma relação de trabalho saudável entre empregados e empregadores.

É também no ambiente laboral que se inserem os meios eletrônicos, tanto utilizados para o controle dos trabalhadores, quanto para fomento da atividade empresarial e é através desses aparatos que o empregador exerce o seu poder diretivo e de fiscalização.

³ MELO, Raimundo Simão de. Ação civil pública na justiça do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 244.

2.2 Dos meios eletrônicos utilizados no ambiente de trabalho

2.2.1 Definição de meios eletrônicos

L. W. Turner define a Eletrônica como o ramo da ciência e da tecnologia que estuda os fenômenos de condução de eletricidade num vácuo, num gás, e nos semicondutores, e a utilização dos dispositivos baseada nesses fenômenos.⁴

De acordo com o autor, embora a Eletrônica seja primordialmente uma atividade do século XX, os grupos funcionais, notadamente os fenômenos fotoelétrico, termiônico, dos semicondutores e o da descarga de gases, foram inteiramente descobertos no século XIX.⁵

No entanto, durante aquele período histórico, os referidos fenômenos representaram principalmente curiosidades científicas, tendo poucas aplicações fora de laboratório. Somente no século seguinte o papel dos pesquisadores e das empresas especializadas passou a ser de desenvolvê-los em dispositivos, equipamentos e sistemas comerciais.

Os dispositivos eletrônicos se caracterizam pelo movimento de pequenas partículas chamadas “elétrons”, que formam as correntes elétricas e sofrem a influência da eletricidade ou do magnetismo, permitindo que a eletricidade controle a si própria.⁶

A descoberta que associou o magnetismo à eletricidade se deve a Hans Christian Oersted que, em 1820, ao passar uma corrente elétrica em um fio metálico, percebeu-se que a agulha de uma bússola próxima se orientava perpendicularmente ao fio.⁷

Em um aparelho de televisão, por exemplo, a eletricidade da antena controla as correntes que desenham as imagens na tela. Já em um computador, as mudanças elétricas promovidas pelo acionamento das teclas controlam a energia que escreve os dados no disco.⁸

É importante ressaltar que os aparatos mecânicos são diferentes dos eletrônicos e servem para realizar tarefas simples e repetitivas, sendo, em geral, muito lentos ou desajeitados. Mesmo que se empregue eletricidade para alimentar tais máquinas, isso não as torna eletrônicas. Quando se precisa de uma máquina versátil, capaz de mudar o

⁴ TURNER, Lawrence Walter. Manual básico de eletrônica. São Paulo: Hemus, [19-], p. 1-2. Tradução: Ivan Jose de Albuquerque e Norberto de Paula Lima.

⁵ TURNER, Lawrence Walter. *Op. cit.*, p. 2-3.

⁶ BRIDGMAN, Roger. Eletrônica. São Paulo: Editora Globo, 1994, p. 6. (Coleção Aventura na Ciência) Tradução: Anna Maria Quirino. Título original: Electronics

⁷ CHAVES, Alaor. Física. Volume 2 – Eletromagnetismo. 1 ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2001, p. 112.

⁸ BRIDGMAN, Roger. *Op. cit.*, p. 6.

comportamento instantaneamente em resposta à entrada de informações, recorre-se à eletrônica.

A evolução no campo da Eletrônica, ao longo dos séculos XIX e XX, foi enorme, não cabendo, entretanto, nos limites desse trabalho adentrar nos pormenores relativos às descobertas e invenções que propiciaram uma verdadeira contribuição desse ramo da ciência para o homem contemporâneo.

Realmente, percebe-se que o mundo cada vez mais industrializado e informatizado é fruto do desenvolvimento do setor eletrônico. Um relógio de quartzo desperta de manhã, um forno de microondas aquece a refeição, um aparelho de televisão oferece relaxamento noturno. Outros sistemas eletrônicos controlam o tráfego aéreo e rodoviário, ligam bilhões de telefones e conectam o mundo na rede mundial de computadores.

Pouca coisa da vida moderna ficou intocada pela tecnologia eletrônica, ainda que o ritmo de desenvolvimento faça as pessoas se sentirem constantemente ultrapassadas. Essas mudanças são absorvidas porque, na maior parte das vezes, a eletrônica representa coisas úteis e evolui na produção de equipamentos melhores e mais acessíveis.

Turner sustenta:

[...] a Eletrônica constitui hoje uma parte essencial da estrutura da vida, servindo à comunidade em aplicações diversas, como as comunicações por linhas, sinalização em ferrovias, controle de máquinas e ferramentas, diagnose médica, análises químicas, engenharia de tráfego, controle de processos e, realmente, em quase todas as facetas da vida moderna.⁹

Diante dessa explanação, é possível esboçar uma definição do que são meios eletrônicos, a fim de se obter uma melhor compreensão acerca do poder das transformações que a Eletrônica vêm produzindo na sociedade, sobremaneira nos últimos vinte anos. Meios eletrônicos são aparatos caracterizados por possuírem como mecanismo de funcionamento a influência do magnetismo sobre as correntes elétricas e dessas sobre aquele, permitindo que a eletricidade controle a si própria de modo a realizar múltiplas e complexas tarefas e contendo, em geral, circuitos eletrônicos integrados como componentes.

Os meios eletrônicos mais comuns e que vêm sendo sede de controvérsias no tocante à violação aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado, sejam eles analógicos ou digitais, são os polígrafos, os detectores de metais, os telefones fixos e celulares, as câmeras de vídeo e o computador (através de duas de suas ferramentas, a *internet* e o correio eletrônico).

⁹ TURNER, Lawrence Walter. *Op. cit.*, p. 2-11.

Todos esses meios serão agora examinados, explicando-se, de forma didática, como se apresentam como aparatos eletrônicos e quais são as suas principais finalidades, fugindo, assim, ao objetivo desse trabalho apresentar de maneira detalhada e pormenorizada o funcionamento e a constituição eletrônica de cada um desses equipamentos, posto que tal empreitada, além de extremamente complexa, não terá utilidade prática para a discussão que se pretende travar entre o direito à intimidade e à privacidade do empregado e o poder empregatício, em face da utilização desses equipamentos na seara laboral. A validade ou não de utilização desses meios no ambiente de trabalho, para direção e fiscalização do labor do obreiro, bem como suas vantagens e desvantagens serão objeto de discussão em momento posterior da presente dissertação.

2.2.2 Os polígrafos ou “detectores de mentiras”

O primeiro aparato a ser analisado é o polígrafo, também conhecido popularmente como “detector de mentiras”, o que, no entanto, trata-se de denominação inadequada, como se poderá observar pela análise desse instrumento.

O polígrafo pode ser definido como um aparelho que mede e grava as variáveis fisiológicas enquanto são feitas perguntas a uma pessoa examinada, gravando tais registros em uma folha de papel própria. Os resultados do teste de polígrafo, conhecido como exame de detecção psico-fisiológica de fraude, serão analisados por pessoas habilitadas a operar o aparato – os operadores de polígrafo – para detectar se o examinado está ou não mentindo.¹⁰

As pessoas mentem pelos mais variados motivos, como um mecanismo de defesa para evitar problemas com a família, os patrões ou as autoridades, sendo difícil distinguir quando alguém está ou não falando a verdade. Dessa forma, os polígrafos são usados para detectar não as mentiras de uma pessoa, mas as possíveis reações fisiológicas desta ao ser interrogada. Se houverem mudanças que externem alterações nas batidas do coração, da pressão arterial e da respiração, os especialistas que realizam o teste do polígrafo poderão deduzir se a pessoa está mentindo ou não.

O operador de polígrafo e ex-diretor executivo de operações do Axciton Systems, empresa fabricante de polígrafos, Bob Lee, citado por Bonsor, explica que os exames não são

¹⁰ BONSOR, Kevin. Como funcionam os polígrafos. How stuff works – como tudo funciona. Publicado em 17 jul. 2001 e atualizado em 25 ago. 2008. Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

capazes de detectar especificamente se uma pessoa está mentindo, mas há certas respostas psico-fisiológicas que podem indicar a um examinador um comportamento considerado mentiroso.¹¹

Na realidade, não existe fórmula científica ou lei que estabeleça uma correlação entre mentir e as mudanças fisiológicas detectadas pelo polígrafo. Também não há evidências de que os especialistas detectem mentiras numa percentagem mais significativa que os não treinados usando outros métodos.¹² Ademais, outras situações, como nervosismo, angústia, tristeza e embaraço, podem gerar mudanças nas batidas do coração, na pressão arterial, na respiração e na transpiração.

Kevin Bonsor explica que o polígrafo é um instrumento que :

[...] é basicamente a combinação de aparelhos médicos usados para monitorar as mudanças que acontecem no corpo. Quando uma pessoa é questionada sobre um acontecimento ou incidente, o examinador procura ver como os batimentos cardíacos, a pressão arterial, a frequência respiratória e a atividade eletrodérmica (suor dos dedos, nesse caso) de uma pessoa mudam em comparação aos níveis normais. Tais variações podem indicar se a pessoa está mentindo, mas os resultados dos exames estão abertos à interpretação do examinador.¹³

Na última década, os polígrafos passaram por grandes mudanças. Por muitos anos, os polígrafos analógicos foram muito utilizados, sendo caracterizados por agulhas riscando linhas em uma fita de papel. Atualmente, a maioria dos testes é administrada com equipamento digital, em que a fita de papel foi substituída por algoritmos sofisticados e monitores de computador.

Durante o exame de polígrafo, há somente duas pessoas na sala, quais sejam: a pessoa que realiza o exame e quem está se submetendo ao teste. Dessa forma, o comportamento do operador de polígrafo influencia muito no resultado.

Segundo o operador de polígrafos Lee¹⁴, citado por Bonsor:

É muito sério quando alguém está sendo acusado de um crime. Veja, eu não me importo com a pessoa mentirosa. Estou procurando por uma pessoa inocente. Sou totalmente imparcial e neutro quando aquela pessoa entra. Mas assim que faço tal

¹¹ BONSOR, Kevin. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

¹² POLÍGRAFO (máquina "detector de mentiras"). Disponível em: <<http://skepdic.com/brazil/poligrafo.html>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

¹³ BONSOR, Kevin. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

¹⁴ BONSOR, Kevin. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

avaliação e o resultado do exame não sugere que o examinado esteja mentindo, eu imediatamente me torno advogado deles.

O psico-fisiologista ou operador de polígrafo tem várias tarefas na realização do exame, tais como preparar o aparelho e a pessoa a ser submetida ao teste, fazer perguntas, traçar o perfil da pessoa a ser testada e analisar e avaliar as informações obtidas no teste.

A maneira como a pergunta é apresentada pode afetar muito os resultados do exame. Há muitas variáveis que o psico-fisiologista tem que levar em consideração, como crenças religiosas e cultura, por exemplo. A simples menção de um determinado ponto pode causar uma reação específica na pessoa que está se submetendo ao teste e isso pode ser interpretado erroneamente como um comportamento falso. O motivo da pergunta afeta o modo como a pessoa processa a informação e como ela responde.

Às vezes, o examinador de polígrafo pode interpretar mal a reação da pessoa examinada a uma pergunta em particular. O fator humano e a natureza subjetiva do teste são duas razões pelas quais uma resposta pode ser mal interpretada: o falso positivo ocorre quando a resposta de uma pessoa sincera é determinada como sendo mentirosa; o falso negativo se dá quando a resposta de uma pessoa mentirosa é determinada como sendo sincera. Tais erros podem acontecer se o examinador não preparou o examinado adequadamente ou se o examinador não fez uma leitura correta dos dados depois do exame.¹⁵

Outro problema relativo ao uso desses aparelhos é que algumas pessoas submetidas ao exame de polígrafo podem querer usar medidas defensivas, em uma tentativa de enganar o instrumento. Alguns exemplos são o uso de sedativos e de antiperspirantes nas pontas dos dedos. Outro exemplo é quando a pessoa tenta ter a mesma reação para todas as perguntas de modo que o examinador não possa captar respostas enganosas. Tais medidas podem distorcer o resultado do teste, comprometendo a idoneidade do valor da prova que se pretenderia obter com a utilização do polígrafo.

2.2.3 Detectores de Metais

O segundo aparato sobre o qual serão tecidas algumas considerações relevantes são os detectores de metais, que possuem diversas aplicações, seja na área de mineração, de busca de

¹⁵ BONSOR, Kevin. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

tesouros perdidos, e também na fiscalização de pessoas e objetos em ambientes em que a segurança é fator essencial para o regular andamento das atividades econômico-sociais.

Os detectores são divididos por categorias de acordo com as aplicações desses equipamentos ou pela forma como são usados (manuais, industriais, do tipo pórtico).

O detector de metais portátil pode ser usado para revista pessoal, onde o manipulador do aparelho rastreia manualmente o corpo de outro indivíduo, ou então para prospecção de objetos metálicos no subsolo ou na superfície.¹⁶

Existem os detectores industriais, que são equipamentos utilizados na indústria para prevenção de acidentes ou controle de qualidade. Tais aparelhos são colocados com frequência em linhas de produção na indústria alimentícia, onde têm a importante função de localizar pequenas partículas metálicas que podem estar contaminando os alimentos. Outros setores que se beneficiam do uso dos detectores industriais são o farmacêutico, o petroquímico, o têxtil, o extrativista etc.

Os detectores em modelo pórtico estão instalados, principalmente, em aeroportos e locais que exigem segurança, em virtude do grande número de pessoas. Esses equipamentos são formados por duas antenas e um gabinete central de processamento. As duas antenas, que são as laterais do pórtico, compartilham um campo eletromagnético de baixa frequência, sendo uma lateral transmissora e a outra receptora. Este campo, formado no interior do pórtico, funciona como uma malha invisível, que ao ser rompida por objetos metálicos, avisa o processador do equipamento que, por sua vez, emite sinais sonoros e/ou luminosos. Tais detectores são utilizados em conjunto com portas giratórias, torniquetes e outros meios físicos de controle de acesso. Desta forma, quando ocorre uma detecção, o detector de metais emite um sinal que é interpretado pelo mecanismo da porta, acionando o seu travamento.¹⁷

Os detectores de metais são aparelhos que trabalham com campos magnéticos¹⁸, para realizar a detecção de metais, ferrosos e até não ferrosos, podendo ser baseado em diversas tecnologias, dependendo do tipo de aplicação para o qual eles se destinam. Os detectores mais avançados conseguem indicar o tipo de metal que foi detectado e a profundidade da localização do objeto.

Esses aparatos estão presentes em grande parte da vida das pessoas, tanto no lazer e vida social, quanto no trabalho. Os detectores de metais encontrados em aeroportos, prédios

¹⁶ TYSON, Jeff. Como funcionam os detectores de metal. How stuff works – como tudo funciona, p. 7. Publicado em 05 fev. 2005 e atualizado em 21 fev. 2007. Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-metal.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

¹⁷ TYSON, Jeff. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-metal.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

¹⁸ CHAVES, Alaor. Física. *Op. cit.*, p. 112.

comerciais, tribunais, escolas, agências do governo e penitenciárias ajudam a assegurar que ninguém esteja portando uma arma, uma faca ou algum objeto metálico perigoso em potencial.¹⁹ Quando instalados em lojas ou supermercados têm a função de evitar que alguém saia de um estabelecimento comercial, sem pagar as mercadorias que leva. Os detectores de metais domésticos proporcionam a milhões de pessoas do mundo inteiro algumas facilidades, como juntar alfinetes ou moedas espalhadas pela casa, bem como são utilizados em atividades lúdicas, como a busca e descoberta de tesouros escondidos e de objetos antigos.

Outras aplicações importantes dos detectores de metais são as de uso bélico, pelas forças armadas, para detecção de minas e tubulações e as de segurança, em eventos onde há um grande número de pessoas, em casas de câmbio, entidades bancárias e casas de shows, entre outras.

2.2.4 Câmaras de vídeo

O terceiro meio eletrônico que será explicado são as câmeras de vídeo, que não se confundem com os videocassetes²⁰ e aparelhos de DVD e nem mesmo com as câmeras fotográficas²¹. A versão das câmeras de vídeo que será objeto do presente estudo são as câmeras de vigilância, incluindo entre elas as câmeras escondidas, o que exclui, como consequência, as câmeras portáteis utilizadas tanto por filmadores profissionais quanto por amadores para gravação de vídeos²² e as câmeras de televisão.²³

¹⁹ TYSON, Jeff. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-metal.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

²⁰ Videocassete é um aparelho eletrônico que grava o som e as imagens por meio de um processo eletrônico, de modo que os elementos são registrados em um fita magnética (*video-tape*), através de câmera (que capta o som e a imagem) e de um aparelho gravador/reprodutor (onde é introduzido o tape para receber a imagem e o som, tendo a dupla função de filmar e reproduzir). O processo de gravação em um videocassete engloba, também, o monitor, um televisor adaptado para receber e mostrar a imagem enviada pela fita, através do gravador. Cf. SERRA, Floriano. *O que toda empresa pode fazer com o videocassete*. 2 ed. São Paulo: Summus, 1983, p. 15.

²¹ Câmera fotográfica é um tipo de câmera que por meio da lente (elemento óptico) capta uma imagem real fixa que será processada através de uma engrenagem mecânica e transferida para uma camada de material sensível à luz, que lhe serve de suporte (filme, no caso das câmeras analógicas) ou para um chip (câmeras digitais). Posteriormente, se desejar o usuário, a imagem capturada no tempo poderá ser gravada em papel por processo químico ou impressa, durando muitos anos. Cf. HARRIS, Tom. *Como funcionam as câmeras fotográficas. How stuff works – como tudo funciona*, p. 1. Publicado em 21 mar. 2001 e atualizado em 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://eletronicos.hsw.uol.com.br/cameras-fotograficas.htm>>. Acesso em 10 ago. 2008.

²² De acordo com Marcelo Ayres, as câmeras de vídeo portáteis, conhecidas como *camcorders* (do inglês camera-recorders) popularizaram a gravação caseira de festas, passeios, viagens, momentos com a família, estando cada vez mais presentes, assim como as câmeras fotográficas e os celulares. Cf. AYRES, Marcelo. Entenda o funcionamento de uma filmadora digital. Uol Tecnologia. Publicado em 9 mar. 2007, às 19h14min.

Ademais, será analisado como as câmeras de vídeo se integram nos chamados circuitos internos de televisão, que compõem o mecanismo de segurança, tanto no âmbito do setor público (hoje em dia, são utilizadas câmeras em diversas instituições públicas e inclusive nas ruas das cidades), quanto no setor privado (encontradas em empresas, lojas, condomínios, etc.).

A primeira câmera de vídeo foi patenteada nos EUA, em 1980. De lá para cá, as câmeras de vídeo se popularizaram em uma velocidade vertiginosa, tanto no âmbito doméstico, quanto para os filmadores profissionais, sobretudo em virtude da redução do tamanho dos aparatos e da chegada da tecnologia digital, que com microchips consegue armazenar o que antes necessitava de centenas de fitas VHS. Na seara da segurança, as câmeras de vigilância, incluindo as câmeras ocultas, de pequeno tamanho, também ganharam um mercado cada vez mais promissor, sendo, a partir de agora, objeto de estudo.

Conforme explica Marcelo Pereira Peres:

As câmeras de vídeo são equipamentos destinados a converter níveis de iluminação e cor em sinais elétricos, seguindo certos padrões. [...] A câmera cria a imagem através dos níveis de iluminação capturados do ambiente através da lente e do sensor de imagem CCD [...]. Essa imagem capturada é então processada e transmitida para o sistema de controle [...].²⁴

Tais aparelhos, quando utilizados para funções de vigilância e segurança, se inserem no que é denominado Circuito Fechado de Televisão (de agora em diante, CFTV). Trata-se de um sistema de televisionamento que distribui sinais provenientes de câmeras localizadas em locais específicos para pontos de supervisão pré-determinados, sendo utilizado tanto com o propósito de vigilância e segurança, quanto nas linhas de produção de fábricas para o controle de processo.²⁵

Os sistemas de CFTV normalmente são constituídos de alguns componentes essenciais, tais como as câmeras de vídeo CCD (que utilizam o sensor de imagens CCD) para produzir o sinal de vídeo, cabos, processadores de vídeo, monitores para visualizar a imagem de vídeo captada, gravadores, e de alguns componentes que podem ou não estarem presentes,

Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/produtos/ultnot/2007/03/09/ult2880u323.jhtm>>. Acesso em: 29 maio 2008.

²³ Para observação do funcionamento de uma câmera de televisão, consultar GROB, Bernard. *Televisão e sistemas de vídeo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989. Título original: *Basic Television and video systems*. Tradução: Juliano Barsali, Marcos Ribeiro Pereira Barreto, Nilton Braga e Paulo Roberto Fernandes.

²⁴ PERES, Marcelo Pereira. *Guia do CFTV – treinamento básico*. Revisão 2.1. Jan. 2007, p. 11. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2008.

²⁵ PERES, Marcelo Pereira. *Op. cit.*, p. 4. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2008.

dependendo do tipo de tecnologia utilizada como as fibras óticas, os transmissores/receptores sem fio ou redes para transmitir o sinal.

É importante ressaltar que o tipo de local a ser monitorado e o nível de vigilância exigido determinam a espécie de câmera de vigilância a ser utilizada. Para aplicações internas com iluminação garantida e maiores detalhes podem ser utilizadas câmeras coloridas. Já para locais externos com períodos de baixa iluminação é essencial o uso de câmeras preto e branco (P&B), pois sua sensibilidade é muito maior.

As lentes de uma câmera têm a função de direcionar a luminosidade refletida pelos objetos da cena captada diretamente para o sensor de imagem da câmera (CCD). Tal sensor é um dispositivo de captação da imagem, normalmente CCD (*Charge Coupled Device* ou Dispositivo de Carga Acoplado), que converte as imagens visuais em sinais elétricos visto que é composto por milhares de elementos sensíveis à luz.²⁶

Atualmente existem diversos tipos de câmeras projetadas para aplicações e ambientes específicos. Existem microcâmeras para aplicações simples, câmeras profissionais para aplicações de maior segurança ou exigência, câmeras *speed domes* para aplicações de grande porte e grande versatilidade, entre outras.

As microcâmeras são aparatos de pequeno porte que se caracterizam por ter um custo muito baixo, mas uma qualidade bastante limitada, sobretudo quando o nível de complexidade das imagens ou o ambiente seja um pouco maior. Existem modelos coloridos e P&B, possuem poucas funções integradas e suas especificações são muito simples. A utilização delas se dá normalmente em residências, lojas, farmácias, consultórios, etc.²⁷

Existem as microcâmeras *Pin Hole* que possuem como característica uma lente de tamanho extremamente reduzido sem qualquer tipo de prejuízo à captação da imagem. São geralmente utilizadas em locais ocultos, embutidas ou em aplicações onde o tamanho deva ser o menor possível.²⁸

As minicâmeras são bastantes similares às microcâmeras, com a diferença que possuem a conexão para lentes convencionais de CFTV, podendo assim ser feita a melhor escolha do tipo e tamanho da lente. É utilizada em lojas, farmácias, escritórios, corredores, garagens, indústria, etc.

²⁶ AYRES, Marcelo. Entenda o funcionamento de uma filmadora digital. Uol Tecnologia. Publicado em 9 mar. 2007, às 19h14min. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/produtos/ultnot/2007/03/09/ult2880u323.jhtm>>. Acesso em: 29 maio 2008.

²⁷ MICROCÂMERAS. Ativa Webshop. Disponível em: <<http://www.ativawebshop.com/linha-digital/micro-camera-espia-ccd-cmos-mini-espionagem/16>>. Acesso em: 29 jul. 2008

²⁸ PERES, Marcelo Pereira. *Op. cit.*, p. 15. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2008.

As câmeras profissionais são dispositivos eletrônicos mais avançados, de médio porte e que se caracterizam por serem mais completas, tendo mais funções e permitindo a troca de lentes, o ajuste de parâmetro e de configurações, de forma a alcançar o melhor desempenho. Possuem também melhor resolução e qualidade de imagens, sendo cada vez mais utilizadas em diversos locais, incluindo indústrias, estacionamentos, pátios, áreas perimetrais, etc.²⁹

Todos esses tipos de câmeras relacionadas possuem um ângulo de visão fixo e pré-definido, permitindo a visualização de áreas ou objetos específicos.

As câmeras *Speed Dome*³⁰ são extremamente avançadas, com movimentação motorizada normalmente em 360° de giro horizontal (giro infinito) e 90° de giro vertical. Possuem ainda a integração de uma lente zoom além de várias programações, tais como seqüência de movimentações, máscara de área, giro automático, zoom digital, etc. Sua aplicação permite a cobertura de uma área muito grande, além de possibilitar que o zoom seja aproximado para colher informações muito mais detalhadas em determinada cena; porém, o preço dessas câmeras é relativamente elevado.

Embora possam ser conectadas em rede, cada câmera possui sua configuração de endereçamento para localização e controle. O posicionamento das *Speed Domes* é feito normalmente por teclados ou mesas de controle específicos que permitem, além da movimentação, efetuar toda a configuração das câmeras, definição de posicionamentos, referências, entre outras opções.³¹

São utilizadas em lojas de departamentos, condomínios, indústrias, supermercados (entradas, caixas, depósito, setor de eletro-eletrônicos, setor de vestuário, corredores), estacionamento, áreas perimetrais.

Os sistemas de CFTV podem ser analógicos, parcialmente digitais ou totalmente digitais. Os sistemas digitais são simplesmente mais rápidos, flexíveis, expansíveis e fáceis de administrar: oferecem acesso imediato às imagens ao vivo ou mesmo as gravadas; o armazenamento é muito mais simples; a qualidade da imagem digital é incomparavelmente superior, além de não sofrer degradações com o armazenamento.³² Cada vez mais os benefícios do CFTV digital substituem a tecnologia analógica, principalmente pela possibilidade de conexão em rede, permitindo o acesso local ou remoto, redução de infra-

²⁹ PERES, Marcelo Pereira. *Op. cit.*, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2008.

³⁰ TECHNICAL guide to network video. Axis Communications, 2008, p. 29-30. Disponível em: <http://www.axis.com/files/brochure/bc_techguide_31469_en_0803_lo.pdf>. Acesso em: 12 de jul. 2008.

³¹ PERES, Marcelo Pereira. *Op. cit.*, p. 4. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2008.

³² PERES, Marcelo Pereira. *Op. cit.*, p. 29. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2008.

estrutura de instalação, melhores recursos de informática. Dentro do sistema de CFTV, alguns de seus componentes podem ser digitais ou todos eles.

Atualmente, uma importante aplicação para o CFTV é a *internet* e a *intranet* – rede restrita de computadores – que podem ser utilizadas como meios de transmissão de vídeo, sobretudo por meio de *internet* banda larga³³ e das redes locais (LAN).

2.2.5 Telefones fixos

O quarto aparelho eletrônico a ser estudado, qual seja o telefone fixo³⁴, é considerado um dos mais importantes e populares meios de comunicação já inventados, em virtude de sua repercussão nas atividades sócio-econômicas em nível mundial e na amplitude de sua influência espaço-temporal.

Desde o seu surgimento, o aparelho telefônico marcou uma nítida modificação na história do homem. Se, antes dele, a voz humana não alcançava mais do que poucos metros, a partir da invenção do telefone, e ao longo da sua evolução tecnológica, as pessoas de um ponto geográfico passaram a se comunicar com outras de outras cidades, estados, países ou até continentes.

O telefone foi criado em 10 de março de 1876 na cidade de Boston por Alexander Graham Bell. Algum tempo antes, em 3 de junho de 1875, Bell conseguia transmitir a primeira mensagem telefônica, entrando, assim, para a história. Entretanto, seu aparelho apenas falava. O primeiro telefone transmissor-receptor foi construído pelos ingleses MacEvoy e Pritchett, em 1877.

Bell e seu assistente Thomas A. Watson aperfeiçoaram o sistema e já em 1878 aparecia a primeira rede pública comercial de telefonia, em New Haven, EUA.³⁵

Don Pedro II, ao ouvir a voz de Bell em cabina especial instalada na exposição de Filadélfia, em que o inventor demonstrara o funcionamento do telefone, resolveu instalar em 1878 um telefone no Palácio de São Cristovam. A pequena rede ligava-o com as Forças

³³ A *internet* de banda larga é a possibilidade de acesso à rede *Internet* e navegação em alta velocidade, em virtude do processamento e transmissão de dados se dar por meio de fibras óticas, sinais de rádio – sistema wireless, satélite e cabos via modem ADSL. A *internet* que não é de banda larga pressupõe a utilização das redes telefônicas comuns, analógicas ou digitais, via modem discado.

³⁴ O telefone recebe a adjetivação de fixo em virtude de sua comparação com os telefones móveis, que englobam os antigos telefones móveis em carros – que podiam ser utilizados em um raio médio de distância de 50 km – e os telefones celulares ou, simplesmente, celulares, como são popularmente conhecidos no Brasil.

³⁵ REIS, Maurício Caruzo. Eletrônica de telefone. Caraguatubá: Letron, 1994, p. 10.

Armadas e o quartel dos Bombeiros. Em 1879, ele criou a Companhia Telephonica do Brasil.³⁶

A expansão das redes de telefonia urbana, interurbana e internacional ao longo do século XX demonstra a influência da tecnologia na transmissão de informações na sociedade. A transmissão, a cada minuto, de ordens e informações vitais para o desempenho da ação dos governos, das instituições econômicas e das grandes corporações deriva da evolução, no tempo, dos primeiros telefones inventados.

O telefone, embora tenha evoluído tecnologicamente ao longo dos anos, possui basicamente a mesma estrutura inicial. De forma sucinta, pode-se dizer que o telefone é um aparato que possibilita uma conversação entre duas ou mais pessoas, que transmitem e recebem o sinal da voz ao mesmo tempo.

De acordo com Marshall Brain, o aparelho telefônico apresenta tanto a função transmissora de voz, convertendo a energia sonora em energia elétrica que será transmitida via cabos telefônicos, quanto também a função receptora do sinal da voz, reconvertendo as variações de corrente elétrica, vindas da fiação telefônica, em energia mecânica e esta, por sua vez, em energia sonora ou acústica.³⁷

Um detalhe importante, ressaltado por Roger Bridgman, deve ser mencionado a respeito dos telefones como meios eletrônicos. O aparelho inicialmente criado por Bell e os que lhe seguiram eram elétricos, e não eletrônicos, pois não possuíam nenhuma força magnética capaz de controlar a eletricidade. Neste tipo de telefone, para discar, gira-se um disco que enrola uma mola movimentando os contatos para sinalizar números até a central telefônica. As chamadas recebidas são sinalizadas por um martelo movido por eletroímãs, que batem num par de campainhas. Essa geração de aparelhos não possui nenhuma memória e a fala é amplificada pelo microfone no interior do fone³⁸. Os telefones deste tipo são os descendentes diretos dos aparelhos projetados no século XIX, muito antes do aparecimento da Eletrônica.

Já os telefones mais modernos contêm muitos dispositivos de controle elétrico chamados transistores, e por isso são, de fato, eletrônicos. Eles usam osciladores para sinalizar números gerando tons quando as teclas são pressionadas. Um oscilador e um transdutor substituem a pesada campainha dos telefones antigos e produzem seu som trinado

³⁶ ROMANO, Cláudio; TODDAI, Romeu. *Telefonia básica*. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 25.

³⁷ BRAIN, Marshall. *Como funcionam os telefones*. *How stuff works – como tudo funciona*, p. 2. Publicado em 1 abr. 2000 e atualizado em 15 abr. 2008. Disponível em: <<http://informatica.hsw.uol.com.br/telefones.htm>>. Acesso em: 10 maio 2008.

³⁸ BRIDGMAN, Roger. *Op. cit.*, p. 6.

característico. O último número discado é armazenado numa memória eletrônica e um amplificador eletrônico aumenta o fraco sinal produzido por um microfone muito leve. Os componentes do aparelho são embutidos em circuitos impressos. Nos telefones eletrônicos existem facilidades tais como a rediscagem, a discagem rápida e a melhoria da qualidade da comunicação³⁹.

De qualquer maneira, não obstante os constantes avanços na tecnologia dos telefones, é necessário frisar que qualquer inovação deve ser compatível com o sistema convencional já instalado, mantendo-se a base dos padrões existentes. Por isso, um telefone antigo de mais de 100 anos pode funcionar perfeitamente com a moderna rede de telefonia.

Para compreender como é realizada uma ligação telefônica, faz-se necessário falar das redes telefônicas que interligam todos os aparelhos entre si e com as centrais telefônicas. Tais redes são constituídas por um conjunto de fios de cobre e de caixas. Um par de fios vai de uma caixa na rua até uma caixa, que serve como ponto de entrada, na casa das pessoas.⁴⁰ Cada par de fios serve para uma linha telefônica.

Ao longo das ruas passam grossos cabos, com mais de cem pares de fios de cobre que irão diretamente para o interruptor da central telefônica (no caso das linhas analógicas) ou para caixas chamadas de concentradores digitais (em se tratando das linhas telefônicas digitais)⁴¹ que servem para converter a informação analógica, ou seja, a voz, em bits até a companhia telefônica. A linha de uma residência ou empresa conecta-se com uma placa de linha na central de comutação para que se possa ouvir o tom de discagem quando se retira o telefone do gancho.⁴²

É importante ressaltar que a telefonia desempenha um papel fundamental na sociedade, pois também é utilizada para comunicação de dados entre computadores, através de uma interface chamada *modem*.

Os telefones evoluíram também do ponto de vista da facilidade de comunicação no espaço. Isso porque foram criados novos tipos de aparelhos telefônicos, como os telefones sem fio, os telefones móveis e os telefones celulares.

³⁹ BRIDGMAN, Roger. *Op. cit.*, p. 6.

⁴⁰ Nessas caixas é que costumam ser realizadas as operações de “grampos” ou intercepções telefônicas.

⁴¹ Em telefonia os sons são convertidos em sinais elétricos para serem transmitidos, e no destino são reconvertidos em sons. Essa conversão pode ser analógica ou digital. No caso das linhas analógicas, a frequência e amplitude das ondas sonoras são transformadas em sinal elétrico contínuo, de frequência e amplitude proporcional ao som, de modo que o sinal convertido é uma cópia elétrica do som emitido no transmissor. Nas linhas digitais, periodicamente é feita uma amostragem do som, atribuindo-se um valor ao resultado. A seqüência de números referentes aos valores dos picos que reproduzem o sinal original correspondem aos *bits*. Cf. REIS, Maurício Caruzo. *Op. cit.*, p. 13-14.

⁴² BRAIN, Marshall. *Op. cit.*, p. 4. Disponível em: <<http://informatica.hsw.uol.com.br/telefones.htm>>. Acesso em: 10 maio 2008.

Os primeiros possibilitam ao usuário retirar o telefone de sua base e circular com ele, sem que tal situação caracterize a situação fora-do-gancho. Em virtude da chegada da eletrônica à telefonia, foi possível eliminar a fiação existente entre a base do telefone e o *handset* – parte do aparelho telefônico que contém o transmissor e o receptor, bem como o teclado e a campainha – substituindo-a por ondas de rádio-frequência. Assim, o usuário pode se locomover durante a comunicação proporcionalmente ao raio dessa frequência.⁴³

Os telefones móveis representam um passo anterior aos telefones celulares na evolução tecnológica da telefonia móvel. Foram criados para atender às necessidades das pessoas que precisavam se deslocar para distâncias maiores sem perder a possibilidade de comunicação. Nesse tipo de telefone, existe uma empresa concessionária que recebe do governo direitos de transmissão em uma faixa de frequências – um canal, tal como no rádio e na televisão – capaz de atender a um grupo de usuários.⁴⁴ O número de canais disponíveis é pequeno, o que limita o telefone móvel a uma minoria. Os telefones móveis podiam ser utilizados basicamente num raio de 50 quilômetros da base da sua concessionária. Daí porque foram criados os telefones celulares, que conseguem atender a um número infinitamente maior de assinantes e podem funcionar em distâncias inclusive internacionais, dependendo do sinal da operadora.

2.2.6 Telefones Celulares

A telefonia celular é considerada como uma das maiores inovações que revolucionaram as telecomunicações entre os seres humanos, sendo, pois, de suma importância entender o funcionamento desse meio eletrônico denominado telefone celular.

O principal problema dos antigos telefones móveis era o reduzido número de canais disponíveis no sistema. Como aumentar o número de canais não é viável, pois implica em reservar mais faixas de frequência de ondas eletromagnéticas para a telefonia – o que não é possível, já que todo o espectro de frequências está comprometido com outros tipos de

⁴³ REIS, Maurício Caruzo. *Op. cit.*, p. 70-71.

⁴⁴ A faixa de frequências da concessionária é dividida em canais, cada uma tendo uma portadora característica, e a comunicação entre ela e o telefone móvel é realizada por sinais de rádio FM. A concessionária dispõe de uma estação de base transmitindo e captando em uma antena transmissora e receptora. O assinante, por sua vez, tem uma antena embutida em seu aparelho telefônico móvel. A transmissão se dá por ondas eletromagnéticas, em rádio-frequência RF, propagando-se no ar e refletindo em edifícios, morros, etc. Cf. REIS, Maurício Caruzo. *Op. cit.*, p. 83-84.

transmissões (rádio, televisão, *internet*) – a telefonia celular surgiu como resposta a esse problema, permitindo que um enorme número de aparelhos móveis possam se comunicar, usando a pequena banda de frequências disponível.

Para compreender como funciona o sistema de transmissão da telefonia celular deve-se remeter ao próprio nome do termo, ou seja, celular, que vem de célula. Nesse sistema, cada região é dividida em frações chamadas células que, por seu turno, são divididas em faixas de frequência correspondentes a canais. Entretanto, as frequências de canais de uma célula são diferentes das frequências de outras células. Para se conseguir cobrir inteiramente uma região, é necessário distribuir adequadamente as células por toda a área desejada, desde que as células vizinhas não tenham frequências iguais. Nas fronteiras das regiões, as células também não podem ter as mesmas faixas de frequência.⁴⁵

De acordo com a necessidade de aumento do número de usuários, as células são divididas em outras células, obedecendo ao mesmo sistema anterior, ou seja, células vizinhas jamais podem ter frequências iguais.

Cada grupo de células dispõe de uma antena transmissora e receptora, conhecida como estação base, para comunicação com os aparelhos móveis. Essa antena, colocada sobre uma torre, é instalada em um local bem alto – edifício nas cidades ou montanha na área rural – de maneira a atingir toda a área da célula. Entretanto, a potência de sua transmissão é limitada, de maneira a não interferir em outras células.⁴⁶

Os aparelhos celulares ficam constantemente avaliando a potência do sinal do canal monitor da célula. À medida que um usuário se move em direção à borda de uma célula, a estação base que a controla nota que a intensidade do sinal do celular está diminuindo. Enquanto isso, a estação base na célula vizinha para o qual o usuário se dirige observa o sinal do telefone aumentar de intensidade.⁴⁷ O aparelho abandona, então, o primeiro canal monitor e sincroniza-se com o novo, mais potente. Este esquema possibilita ao aparelho móvel localizar em qual célula está e sincronizar seus circuitos com as faixas de frequências dela.

As células proporcionam um alcance incrível aos celulares, de modo que uma pessoa, utilizando um aparelho, pode dirigir por centenas de quilômetros e manter uma conversa durante todo o tempo. Pelo fato de as células estarem contíguas – sua representação se assemelha a uma colméia – é possível aos usuários uma extensiva reutilização de frequência

⁴⁵ TELEFONIA móvel celular. Museu do Telefone – Núcleo Memória Telefônica. Disponível em: <<http://www.museudotelefone.org.br/celular.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

⁴⁶ REIS, Maurício Caruzo. *Op. cit.*, p. 92-93.

⁴⁷ LAYTON, Julia; BRAIN, Marshall; TYSON, Jeff. Como funcionam os telefones celulares. How stuff works – como tudo funciona, p 1. Publicado em 14 nov. 2000 e atualizado em 16 abr. de 2008. Disponível em: <<http://informatica.hsw.uol.com.br/celular.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

ao longo de uma cidade, estado, país ou mesmo entre países, de modo que milhões de pessoas possam usar os telefones celulares simultaneamente.

Após a compreensão do funcionamento da telefonia celular, pode-se definir o telefone celular como um aparelho de comunicação por ondas eletromagnéticas que permite a transmissão bidirecional de voz e dados utilizáveis em uma área geográfica que se encontra dividida em células, cada uma delas servida por um sistema de transmissão e recepção de sinal, realizado por estações base.⁴⁸

A transmissão de dados na mencionada definição se explica pelo fato da rede de telefonia ter se tornado, nos últimos anos, um canal de comunicação não só para conversação entre pessoas, mas também para troca de dados entre equipamentos, tais como telefones, fax e computadores. O *modem* é o dispositivo que faz a interface entre os sinais digitais dos equipamentos e a rede de telefonia. Por meio da sua utilização, os sinais (tons) são transportados na linha telefônica como se fossem sinais elétricos correspondentes à voz humana, transmitindo-se dessa forma os dados de um equipamento a outro.⁴⁹

Apesar das expectativas iniciais em torno do uso da telefonia celular ficarem na esfera dos negócios, ela se moveu rapidamente para a esfera privada. Tal fato foi possibilitado pelo mercado que, ao longo dos anos, tornou o celular um produto acessível à população. A venda de aparelhos, bem como a de assinaturas e ainda o desenvolvimento dos sistemas pré-pagos ajudaram os celulares a se tornarem um produto altamente difundido no mercado mundial. Outro fator que também ajudou na disseminação dos aparelhos, foi a redução de seu tamanho.⁵⁰

Ademais, há algum tempo, os celulares deixaram de ser meros instrumentos para se efetuar uma comunicação via voz, passando a apresentar diversas outras funcionalidades além do simples fato de fazer e receber ligações, quais sejam: a possibilidade de enviar e receber mensagens de texto, através do SMS (*Short Message Service*) e mensagens multimídia, que

⁴⁸ LAYTON, Julia; BRAIN, Marshall; TYSON, Jeff. *Op. cit.*, p. 1. Disponível em: <<http://informatica.hsw.uol.com.br/celular.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

⁴⁹ Maurício Caruzo Reis explica como é possível a transmissão de dados entre equipamentos digitais. O sinal digital é caracterizado por níveis de voltagem e corrente elétrica. A comunicação digital entre dois equipamentos muito distanciados degrada as características elétricas do sinal digital, descaracterizando-o. A solução é que os dados que estão sob forma de bits sejam convertidos em tons – uma frequência em bit 1 e outra em bit 0 (trata-se do sistema binário idealizado para a Eletrônica) – que são enviados serialmente até o receptor onde ocorre a reconversão para bits. Agora, pode ser feita uma amplificação do sinal (tom) ou mesmo deixá-lo atenuado, porque ele é caracterizado pela frequência e não pela voltagem ou corrente elétrica. A conversão do bit em tom é uma modulação, enquanto a reconversão do tom em bit é uma demodulação, daí a palavra *modem*, derivada das iniciais modulação e demodulação, dispositivo eletrônico que executa essas transformações entre bit e tom. Cf. REIS, Maurício Caruzo. *Op. cit.*, p. 99

⁵⁰ MANTOVANI, Camila Maciel Campolina Alves. Info-entretenimento na telefonia celular: informação, mobilidade e interação social em um novo espaço de fluxos. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências da Informação). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 56-57.

trabalham com texto, áudio e imagem (MMS – *Multimedia Messaging Service*); os serviços de identificação e de armazenamento de chamadas; a agenda para lembretes; o calendário, a calculadora e o despertador; a organização de tarefas e compromissos. Alguns modelos possuem, ainda, rádio, câmeras digitais integradas que tiram fotos e fazem vídeos e som MP3 para tocar músicas que podem ser descarregadas pelo usuário via *internet*, através de computador ou do próprio aparelho. E os celulares da chamada terceira geração possuem sistema inteligente de teclado virtual sem botões, assim como câmera específica para videoconferências e acesso à rede de televisão.⁵¹

De acordo com Rich Ling, citado por Camila Mantovani, os celulares são utilizados pelos sujeitos para diversas finalidades, como, por exemplo, para a segurança pessoal, para a coordenação das atividades cotidianas dos usuários e para o consumo de informações e serviços via aparelho.⁵²

É interessante ressaltar que para muitos que utilizam os celulares para o trabalho, há uma ampliação das horas dedicadas ao serviço. Basta o telefone estar ligado para que o escritório seja, a qualquer momento, transportado para o local onde se encontra o sujeito.

Camila Mantovani explica que o resultado da crescente penetração dos celulares na sociedade é que os aparelhos estão se tornando ubíquos, ou seja, a vida pessoal e profissional dos sujeitos está sendo diretamente ou indiretamente impactada por essa tecnologia⁵³.

2.2.7 Computadores

Não obstante a importância dos telefones fixos e celulares, como meios eletrônicos capazes de reduzir sobremaneira os problemas de comunicação atinentes ao tempo e à distância entre os seres humanos, a *internet* e um de seus principais serviços, o correio eletrônico, otimizaram ainda mais as formas de interação entre as pessoas físicas, as

⁵¹ Ademais, os aparelhos podem ser enriquecidos com funcionalidades interativas, como os *chats* (salas de bate papo via celular) e *moblog* (blogs para registros dos fatos do seu dia-a-dia pelos usuários), o acesso WAP (padrão de acesso à *internet* via celular) e *BREW* (interface para baixar e executar programas); os *ringtones* (tons musicais para personalizar as chamadas), os jogos, as imagens (ícones e identificadores de chamadas, papeis de parede animados, fotografias tiradas pelas câmeras, por exemplo) e os vídeos (com diversos conteúdos), que podem vir na própria plataforma do telefone ou serem baixados em sites da *internet* por meio do computador ou via celular pela rede WAP.

⁵² LING, Rich. *The mobile connection: the cell phone's impact on society*. San Francisco: Morgan Kaufmann, 2004 *apud* MANTOVANI, Camila Maciel Campolina Alves. *Op. cit.*, p. 58.

⁵³ MANTOVANI, Camila Maciel Campolina Alves. *Op. cit.*, p. 124.

instituições governamentais e as empresas, possibilitando uma verdadeira revolução na chamada sociedade da informação.

Embora seja possível a utilização da *internet* e do correio eletrônico via telefones celulares, como já explicitado, bem como por meio de minicomputadores de bolso e outros aparatos, o computador pessoal ou PC (*personal computer*) é, ainda, a principal base para que as pessoas visitem páginas da *internet* ou façam uso do correio eletrônico. Por isso, será feito um brevíssimo estudo dos computadores, como aparatos eletrônicos que são.

A palavra computador vem do latim *computare*, que significa contar ou fazer contas. Na realidade, os computadores, tais como concebidos hoje em dia, realizam inúmeras funções que vão muito além dos cálculos simples ou complexos e que incluem, entre outras, a redação de textos e *slides* para a confecção de trabalhos, a elaboração de planilhas ou de desenhos e imagens⁵⁴ e a capacidade de conectar-se à *internet*, desde que seja equipado ao menos com um *modem*.

Lício de Faria Pereira Neto⁵⁵ explica que o computador é formado basicamente por duas partes: o *hardware* e o *software*. A parte principal de um computador é chamada *chip*, CPU (unidade central de processamento) ou microprocessador.⁵⁶ É um circuito eletrônico miniaturizado, que contém milhões de transistores em uma pastilha de silício do tamanho de uma unha. A CPU compõe, juntamente com os barramentos, o *hardware*⁵⁷ do computador, sendo responsável pelos cálculos, execução de tarefas e processamento de dados.

Para o funcionamento de um computador, também são necessários os programas que são, a grosso modo, grandes listas de instruções para a máquina executar, compondo o que é chamado de *software*. Muitos programas de computador contêm milhões de instruções, e muitas delas são executadas repetidamente.

Antes de adentrar no tópico referente à *internet*, é necessário explicar que para que o computador possa se conectar a uma rede, ele deve possuir uma placa de rede ou uma placa de *fax-modem* que tem como função converter os sinais digitais para analógicos.

⁵⁴ Para realizar cada função, é necessário acionar algumas das microscópicas chaves inseridas nos microchips, tarefa que se realiza quando é digitado um comando ou se dá um clique no mouse em algum item da tela do PC. Essas milhões de chaves microscópicas estão constantemente oscilando entre ligadas e desligadas, de forma coordenada com os pulsos de eletricidade.

⁵⁵ PEREIRA NETO, Lício de Faria. *Informática – TRE/MG*. Curso Maurício Trigueiro. Belo Horizonte, 2007, p. 14.

⁵⁶ A velocidade com que o computador executa as tarefas ou processa dados está diretamente ligada à velocidade do processador. As primeiras CPUs eram constituídas de vários componentes separados, mas desde meados da década de 1970, as CPUs vêm sendo manufaturadas em um único circuito integrado, sendo então chamadas microprocessadores.

⁵⁷ O *hardware* é o conjunto de componentes físicos de um sistema de processamento de dados.

Existem vários métodos possíveis de conexão à *internet*⁵⁸, entre eles o sistema de *Dial Up Internet Account* (por meio de linhas telefônicas)⁵⁹, os sistemas de emprego de redes digitais de serviços integrados (*modem ADSL*), o sistema de arrendamento de linhas (*Lease Line Connections*), o acesso através de sistemas de cabo e de satélite e a conexão via *Wireless (sem fio)*, desde que, nesse caso, o computador tenha a placa wireless ou um roteador para receber os sinais de radiofrequência necessários à conexão, essencial para o compartilhamento do acesso.

2.2.8 A *internet*

Com o intuito de apresentar didaticamente uma definição de *internet* e apresentar como ela funciona, o que é de suma importância para a compreensão dessa grande rede como um meio eletrônico passível de invadir a intimidade e a privacidade dos seres humanos, será traçado um breve histórico de seu surgimento e de sua evolução.

A história da rede das redes começa na época da guerra fria entre os Estados Unidos da América e a extinta União Soviética, havendo um clima de constante ameaça de uma guerra nuclear entre as duas potências, devido à grande preocupação em relação à corrida tecnológica.⁶⁰

Dessa forma, os Estados Unidos se encontravam inicialmente em desvantagem, posto que a então União Soviética havia lançado em órbita o satélite artificial *Sputnik*, em 1957. Como consequência desse avanço, os Estados Unidos criaram a *Advanced Research Project Agency* (Agência de Projeto de Pesquisas Avançadas ou ARPA), no ano de 1958, cujo escopo era também lançar em órbita um satélite artificial.⁶¹ O objetivo foi alcançado em apenas dezoito meses após a criação da agência que, a partir de então, passou a ter como prioridade investigações referentes a comunicações e, mais concretamente, comunicações em rede de computadores.

⁵⁸ Mais recentemente, foi desenvolvido uma tecnologia denominada *Power Line Communication*, que possibilita o acesso à *internet* através da rede elétrica. Assim, qualquer tomada da residência ou de uma empresa poderá ser um terminal de acesso à rede, como já acontece na Alemanha.

⁵⁹ Alguns autores explicam que para se conectar à *internet*, basta um computador com acesso a uma linha telefônica, um *modem* ou placa de rede e um servidor de acesso, que poderá ser gratuito ou pago. Mas, hoje em dia, existem diversas formas de conexão à *internet*, como já relatadas.

⁶⁰ HISTÓRIA da *internet*. Abranet. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet/menu.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

⁶¹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Direito à intimidade na *internet*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 23.

O grande desafio era criar um sistema de comunicações que suportasse um hipotético ataque nuclear, possibilitando que o fluxo das comunicações se mantivesse, ainda que fossem destruídos alguns nós de comunicação⁶². Dessa forma, foi desenvolvido um sistema no qual as mensagens fossem transferidas de forma fragmentada pela rede de comunicação, de maneira que os fragmentos fossem capazes de buscar caminhos alternativos para chegarem ao destino originariamente estabelecido, unindo-se ao final.⁶³ Assim, havendo sido destruído um determinado nó de comunicação que se encontrava no caminho inicialmente traçado para a mensagem, esta deveria desviar-se e buscar uma rota alternativa, sempre tendo em conta que a mensagem estava sendo enviada a seu destinatário em blocos fragmentados.

De acordo com Marcelo Cardoso Pereira, a tecnologia da fragmentação das mensagens em blocos ou pacotes (*packets*) “consiste na possibilidade de enviar unidades discretas de informação através de uma rede em direção a um destino pré-determinado e remoto.”⁶⁴

Fruto dos trabalhos e esforços científicos, no ano de 1969 criou-se a *Arpanet*, que experimentou um processo de expansão significativo ao longo do tempo⁶⁵. Em 1974, criou-se a *Telenet*, uma versão comercial da rede ARPANET, a qual foi então a primeira rede pública de comutação de pacotes.

Na década de 80, houve um significativo aumento da rede ARPANET, tendo em vista o grande número de novas redes que a ela se conectaram⁶⁶, entre elas a BITNET (*Because It's Time Network*), a EUNET (*European Unics Network*), a JUNET no Japão e a EARN (*European Academic and Research Network*). Em virtude do crescimento intenso da rede ARPANET, foi necessário modernizar os protocolos de comunicação utilizados.

Assim, em 1983, com a adoção oficial dos protocolos de transmissão de dados TCP/IP, começou-se a utilizar o termo “*internet*” para referir-se às distintas redes que se encontravam conectadas entre si⁶⁷, tendo como origem a rede ARPANET. O surgimento da geração dos computadores pessoais (os PCs), dois anos antes, contribuiu significativamente para o desenvolvimento da *internet*. Este foi o primeiro passo para que ela se transformasse em uma rede privada de comunicação entre computadores, desvinculada de sua origem governamental e militar.

⁶² PEQUENA história da *internet*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/SiliconValley/Hub/5612/apostila/history.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

⁶³ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁴ *Idem, ibidem*.

⁶⁵ VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Inviolabilidade da vida privada e intimidade pelos meios eletrônicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.47.

⁶⁶ HISTÓRIA da *internet*. Abranet. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet/menu.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

⁶⁷ *Idem, ibidem*.

No ano de 1984, foi criada a NSFNET, uma rede privada constituída pela NSF (*National Science Foundation*) e cinco centros de supercomputadores dos Estados Unidos para o acesso da comunidade científica.⁶⁸ Com o passar do tempo essa rede se converteu no principal eixo da *internet*, ou seja, em seu *backbone* (rede de transmissão de comunicações que transporta um tráfego entre as redes menores). Entre 1988 e 1990, vários países se conectaram a esse eixo principal.

No ano de 1988, surgiram novas aplicações para a rede, tais como a IRC (*Internet Relay Chat*), ARCHIE, GOPHER e WAIS. Por fim, em 1989 surgiu a *World Wide Web* (WWW ou *Web*), fato importantíssimo na história da *internet*.

Em 1990, a ARPANET é oficialmente fechada e ocorre a transferência da gestão da rede da NSF para o domínio público, junto com o movimento de desregulamentação das telecomunicações, sendo que em 1995 foram encerradas as atividades dessa fundação.⁶⁹ Com o surgimento da *World Wide Web*, a *internet* se lançou ao mundo e alcançou praticamente toda a sociedade, em todas as partes do planeta. Um fato relevante que contribuiu para o êxito da *internet* foi a criação dos navegadores (*Browsers*). A partir de 1993, foram desenvolvidos navegadores com capacidade gráfica, possibilitando a obtenção e distribuição de imagens através da *internet*, tais como o *Netscape Navigator* e o *Internet Explorer*.⁷⁰ Como consequência, houve um crescimento enorme da *internet*, com a conexão de novas redes, o aumento do número de usuários e o surgimento de novas aplicações.

No Brasil, a história da *internet* só começa em 1991, com a RNP (Rede Nacional de Pesquisa) que envolvia instituições, centros de pesquisa e universidades, e estava subordinada ao Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT). A RNP foi criada pelo Ministério da Educação com o objetivo de gerenciar a rede acadêmica nacional, até então dispersa. Em 1994, a EMBRATEL lançava o serviço experimental, a fim de conhecer melhor a *internet*.⁷¹

Em 1995, por iniciativa do MCT e do Ministério das Comunicações, a grande rede foi aberta ao setor privado para exploração comercial, sendo criado um Comitê Gestor da *Internet* para acompanhar a expansão da rede no país.

Após a realização desse sucinto relato histórico sobre a origem e desenvolvimento da chamada rede das redes, surge como imprescindível para o escopo da presente pesquisa

⁶⁸ LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. Ryer. O manual da *internet*. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p. 7. Tradução: Insight Serviços de Informática.

⁶⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ A HISTÓRIA da *internet*. Abacop. Disponível em: <<http://www.abacohp.hpg.ig.com.br/shistdanet.html>>. Acesso em: 13 jun. 2008.

⁷¹ PEQUENA história da *internet*, 2008. Disponível em: <<http://www.geocities.com/SiliconValley/Hub/5612/apostila/history.htm>>.

apresentar uma definição do que seja *internet*, explicar como ela funciona e os serviços que ela oferece, entre eles o correio eletrônico.

Segundo Marcelo Cardoso Pereira, a *internet* seria o conjunto global de redes conectadas entre si – e não qualquer conjunto de redes de computadores conectadas entre si⁷² – pois existem redes que não formam parte da rede mundial de computadores denominada *internet*. Seria, portanto, a rede de âmbito mundial, descentralizada e de acesso público, cujos principais serviços oferecidos são o correio eletrônico, o *chat* e a *Web*, e que é constituído por um conjunto de redes de computadores interconectados que utilizam o protocolo de transmissão TCP/IP.⁷³ Na realidade, a rede das redes é extremamente complexa porque é constituída por muitas sub-redes e por um número incomensurável de sistemas e plataformas.

É importante ressaltar que a *internet* não é uma rede para computadores e, sim, uma rede de redes de computadores, em que cada uma das redes que a formam é independente. Existem as redes LAN (*Local Area Network*) ou redes de área local, geralmente utilizadas em espaços físicos geograficamente determinados, tais como um *campus* universitário ou uma empresa, e as redes WAN (*Wide Area Network*) ou redes de área ampla, que possibilitam unir computadores situados em distantes pontos geográficos.⁷⁴

A definição apresentada de *internet* exige a explicação acerca dos protocolos que fazem parte dessa grande rede. Um protocolo seria um conjunto de convenções que fixam a forma como será realizado o intercâmbio de informações entre dois computadores ou entre dois programas informáticos.

O protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) é o mais famoso e conhecido de todos, justamente por permitir que distintos computadores, de fabricações e tecnologias as mais diversas, possam se comunicar e se entender através da *internet*.

Deve-se lembrar que a informação viaja pela rede dividida em partes denominadas pacotes ou *packets* até o seu destino, onde serão reconstruídas.⁷⁵ Ocorre que, entre o computador de origem e o computador de destino, a informação passa por redes com distintas

⁷² Cf. definição apresentada pelo Novo Dicionário Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro, 1999, p. 1126.

⁷³ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 34.

⁷⁴ LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. Ryer. *Op. cit.*, p. 28.

⁷⁵ Os pacotes de informação das comunicações da *internet* são enviados por milhares de quilômetros de linhas telefônicas, sinais de satélites e microondas e podem não seguir a mesma rota. Ao longo do caminho, passam por sistemas operacionais diversos como *Unix*, *Windows* e *Apple Talk*, através de PCs, minicomputadores e mainframes, sistemas esses que não foram criados realmente para trabalharem de forma harmoniosa entre si. Mensagens são codificadas e decodificadas, comprimidas e descomprimidas, traduzidas e retraduzidas, perdidas e repetidas, recortadas e recompostas novamente, tudo por tantas vezes que é um milagre que algo que tenha a mínima coerência vá de um lugar a outro, chegando com incríveis fontes, músicas, fotografias e animações. Cf.

tecnologias. O protocolo TCP tem, portanto, a função de dividir as informações em pacotes no computador de origem, para depois recompô-las no computador de destino, segundo a enumeração que apresenta.⁷⁶ Tal protocolo, outrossim, realiza a tarefa de dividir as informações em partes de igual tamanho, bem como enumera as partes para que o programa TCP do computador destinatário da informação as possa recompor.⁷⁷ Cada computador dispõe de um programa TCP.

Já o protocolo IP, propriamente dito, tem a função de estabelecer os endereços de origem e de destino de cada um dos pacotes da informação fragmentada pelo protocolo TCP. Ele também é responsável pela escolha do melhor caminho que as informações deverão seguir através da *internet*.⁷⁸

Outro protocolo importante é o HTTP (*Hipertext Transport Protocol*), que compreende os conceitos relativos a hipertexto, URL (*Universal Resource Locator*) e HTML (*Hiper Text Markup Language*). O hipertexto é uma técnica utilizada no ambiente “www” que permite enlaçar as informações de um computador a outro da *internet*, ainda que em países ou continentes distintos, tanto de documentos em formato de texto, como também de imagens, sons e programas, caso em que recebe o nome de hipermídia.⁷⁹ Tal tecnologia permite navegar pela *Web*, de página em página, com apenas cliques no mouse.

Já o URL é o meio de localizar os servidores existentes na *internet*, ou seja, o URL identifica o objeto da *internet* o qual se deseja acessar, onde ele se encontra e como fazer para chegar até ele.⁸⁰

Em terceiro lugar, a HTML seria uma linguagem de programação utilizada no âmbito da “www” para criação de páginas *Web*, com informações em formato de hipertexto.⁸¹

LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. Ryer. *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 41.

⁷⁸ *Idem*, p. 43.

⁷⁹ *Idem*, p. 45.

⁸⁰ Cada parte do URL tem um significado. Em um endereço como `http://www.cdron.com`, por exemplo, `http` indica o site usando linguagem de hipertexto; `://` alerta o navegador que as próximas páginas serão o endereço url, que é dividido por dois pontos; `www` indica o site como parte da *Web* (subconjunto da *internet* que usa textos, animações, gráficos, sons e vídeos); `cdron` é o nome de domínio – nome exclusivo que precisa ser registrado em uma empresa de registro em cada país ou região; com é o nome de domínio de nível mais alto (com em geral significa sites de natureza comercial; existem outros nomes de nível mais alto como `edu` para escolas, `gov` para agências do governo e `org` para organizações). Após o `com`, pode haver um nível ainda mais alto que se refere a um país, como o `br` para o Brasil. Quando após o endereço há uma complementação como, por exemplo, `http://www.cdron.com/welcome.html`, significa que é uma página específica do site. No caso, o `html` indica ao navegador que a página usa a linguagem de hipertexto. WHITE, Ron. Como funciona o computador III. São Paulo: Quark do Brasil, 1997, p. 248. Tradução: Túlio Camargo Silva. Título original: How computers work.

⁸¹ HISTÓRIA da *internet*. Abranet. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet/menu.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

Absorvidos esses conceitos, pode-se dizer que a HTTP é o protocolo de comunicação utilizado na *internet* para a transferência de informações entre o usuário e os servidores *Web* e entre esses e o usuário, ou seja, é o protocolo utilizado para transmissão de páginas *Web*.⁸² Trata-se de um protocolo baseado num modelo cliente servidor (*Client/Server*), no qual os computadores dos usuários (*hosts*) se conectam com um computador servidor central, para utilizar os recursos oferecidos por ele. No caso do protocolo HTTP, porém, não há somente um computador servidor, mas milhões de computadores que oferecem diversos serviços aos computadores dos usuários.⁸³

Após esmiuçados os protocolos principais, e antes de adentrar nos serviços oferecidos pela grande rede, cabe mencionar uma observação importantíssima de Ron White. Segundo o autor, o mais intrigante a respeito da *internet* é que ninguém é responsável por ela, ninguém é proprietário exclusivo dela. Pessoas e empresas possuem parte dela e há algumas organizações que, por consenso comum, regulamentam algumas coisas como, por exemplo, os nomes de domínio. “A *internet* possui aceitação universal. Está aberta a qualquer um que tenha um computador e uma linha telefônica. Inclui mais informação e desinformação do que se poderia aprender em toda uma vida.”⁸⁴

A *internet* pode abrigar diversos tipos de serviços para entretenimento, informação, comércio, negócios, comunicação, entre outras facilidades para o usuário da rede. Não obstante, em virtude de fugir ao objetivo desse trabalho analisar pormenorizadamente cada um dos serviços oferecidos, serão abordados com maior detalhe os serviços “*www*” ou *Web*, que tem como principal finalidade “navegar” pelos *sites* existentes nos computadores da *internet*, e o correio eletrônico, cujo objetivo primordial é a troca de mensagens entre usuários de uma rede. Os demais serão apenas mencionados, para o conhecimento de sua existência e função. Todos esses serviços podem gerar formas de violação aos direitos à intimidade e privacidade de seus usuários, consoante se observará adiante.

2.2.8.1 World Wide Web ou “*www*”

O primeiro serviço a ser abordado é o *World Wide Web*, desenvolvido por Tim Beerners Lee. O surgimento da *Web*, no âmbito da *internet*, foi possível através dos

⁸² VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Op. cit.*, p.49.

⁸³ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 49.

⁸⁴ WHITE, Ron. *Op. cit.*, p. 231.

programas navegadores que proporcionaram a sua popularidade em virtude da facilidade de sua utilização.

A “www” é definida por Marcelo Cardoso Pereira como uma tecnologia que possibilita o acesso a documentos de hipertexto, isto é, páginas da *Web* para recuperar informações nos servidores *Web*, com a ajuda dos navegadores. A *Web* possibilita o acesso a outros serviços disponíveis na *internet*, tais como TELNET, FTP, NEWS, etc.⁸⁵

De acordo com Joshua Eddings, a “www” é um aplicativo que “reúne os recursos da *internet* de todo o mundo em uma série de páginas de menu ou telas, que aparecem no computador.” É um sistema de menus distribuído, pois armazena dados e informações em milhões de computadores.⁸⁶

Os buscadores *Web* permitem localizar na *internet* arquivos de qualquer tipo e informações de qualquer índole, sendo um dos serviços mais utilizados no âmbito das redes. É importante ressaltar que as principais violações à privacidade e intimidade dos usuários da *Internet* ocorre no âmbito da *Web*.

Ron White explica como navegar pela *internet*. Uma maneira é clicar em um *hyperlink*, que é uma frase de texto ou gráfico que contém o endereço de um site da *Web*. Um site é uma coleção de arquivos, documentos e gráficos que alguém deixou disponível para outras pessoas pela *internet*. Quando o *hyperlink* é um texto, ele estará sublinhado em uma cor diferente. Outra maneira de dirigir o navegador para um site é digitar o seu localizador universal de recurso (URL) na barra de ferramentas do navegador.⁸⁷

2.2.8.2 Correio eletrônico ou e-mail

O correio eletrônico, *Electronic Mail* ou *e-mail*, é considerado o serviço mais utilizado na *internet*.⁸⁸ Pode ser definido como a maneira de enviar uma mensagem eletrônica entre computadores, desde que seja conhecido o endereço eletrônico do destinatário. É importante salientar que o correio eletrônico não se restringe à *internet*, viajando também por outros sistemas e redes.

⁸⁵ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 54.

⁸⁶ EDDINGS, Joshua. *Como funciona a Internet*. São Paulo: Quark, 1994, p. 141. Tradução de Túlio Camargo da Silva. Título original: *How the Internet works*.

⁸⁷ WHITE, Ron. *Op. cit.*, p. 248.

⁸⁸ LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. Ryer. *Op. cit.*, p. 54.

Para utilizar o serviço de correio eletrônico é necessário possuir uma conta de *e-mail*, que pode ser obtida através do provedor de serviços da *internet* ou de um servidor específico de correio eletrônico. A conta dá direito a uma caixa de correio eletrônico (*mail box*), na qual ficam armazenadas as suas mensagens, até que seja possível lê-las. Essa área de armazenamento não fica localizada no microcomputador do usuário, mas, sim, em um computador pertencente ao serviço *on-line* que a pessoa utilize.⁸⁹

O usuário poderá administrar sua conta de *e-mail* no computador de seu provedor ou servidor de correio eletrônico, bem como por meio de seu próprio computador. Nos dois primeiros casos, o usuário trabalhará com um programa de correio *online*, ou seja, vai receber e enviar seus *e-mails* de um computador que não é o seu. Os programas de *e-mail* utilizam o protocolo SMTP (*Simple Mail Transport Protocol*), que é o responsável por transmitir as mensagens de correio eletrônico (incluindo textos, imagens e programas) através da *internet* e que pertence à família do protocolo TCP/IP⁹⁰.

No terceiro caso, quando o usuário administra a sua conta através de seu próprio computador, ele utiliza um programa que deve estar instalado em sua máquina (como, por exemplo, o *Eldora* ou o *Outlook Express*), que recupera as mensagens que estão armazenadas no servidor de *e-mail* do computador do provedor da *internet*. Nesse caso, é o protocolo POP (*Post Office Protocol*) que recupera as mensagens de *e-mail* armazenadas na caixa de mensagens do servidor do provedor, possibilitando ao usuário ler e editar os e-mails em seu próprio computador.⁹¹

Por utilizar os padrões universais SMTP e POP, o *software* de envio e recebimento de *e-mail*, bem como os servidores que tratam as mensagens, podem ser executados em uma diversidade de computadores e sistemas operacionais normalmente incompatíveis.

Para enviar uma mensagem por correio eletrônico, o remetente deve conectar-se a *internet* ou outro serviço *online*. Após escrita a mensagem, ela será enviada da caixa postal do remetente para a caixa postal do destinatário.

Existem muitos programas que podem criar correio eletrônico, mas o formato das mensagens tem sempre algumas características em comum que facilitam a sua tradução entre os diferentes tipos de sistemas, até que elas cheguem ao destinatário.

⁸⁹ SHIRKY, Clay. *Internet: guia de acesso por correio eletrônico*. Rio de Janeiro: Infobook, 1994, p. 14. Tradução de Cláudio Costa. Título original: *The Internet by e-mail*.

⁹⁰ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 60-61.

⁹¹ *Idem*, p. 62.

A linha “Assunto” (*Subject*) é um local conveniente para apresentar uma idéia do que trata a mensagem, já que esta linha é quase sempre apresentada quando alguém verifica a sua caixa postal.

A linha “Para” (*To*) deve ser preenchida com o endereço do *e-mail* da pessoa a quem a mensagem está sendo enviada. Usualmente é permitido introduzir vários endereços nesta linha, com a finalidade de remeter a mensagem para mais de um destinatário.

Uma regra importante ao preencher o campo do destinatário é lembrar que todos os caracteres são significativos, já que os computadores utilizam esse endereço para encontrar um indivíduo entre milhões de pessoas conectadas à *internet* e a outras redes. Uma simples troca de caractere pode inviabilizar o envio do *e-mail*.⁹²

A linha intitulada CC (as iniciais de *Carbon Copy*, ou Cópia Carbono) permite despachar uma cópia da mensagem para um grupo adicional de destinatários.

O formato padrão de um endereço de correio eletrônico é usuário@domínio, no qual a parte à esquerda do @ corresponde ao nome do usuário, e a parte à direita indica o nome do domínio, isto é, o nome do computador no qual o usuário possui sua conta de e-mails. Os domínios recebem cadeia de nomes (chamados de subdomínios), separados por pontos. O subdomínio mais próximo do @ em geral se refere a um computador ou a uma pequena rede.⁹³ O subdomínio mais a direita é a maior unidade do domínio e identifica a principal função da máquina, seja ela educacional, comercial, governamental, militar ou qualquer outra categoria.⁹⁴

Embora, ao se redigir uma mensagem, o programa de correio não apresente a linha “De” referente ao remetente do e-mail, quando o destinatário a lê, tal linha conterá o endereço da pessoa que enviou a mensagem. Muitos leitores de e-mails podem ler esse endereço automaticamente e usá-lo para enviar uma resposta de volta ao remetente.⁹⁵

Joshua Edings explora um aspecto importante de uma mensagem de *e-mail*. Segundo o autor, o programa de correio eletrônico pode incluir uma linha para assinatura no final do corpo da mensagem, onde o remetente ainda pode acrescentar seu número de telefone e o seu endereço profissional. Muitos remetentes também incluem alguma informação acerca de si

⁹² SHIRKY, Clay. *Op. cit.*, p. 14.

⁹³ *Idem*, p. 24-25.

⁹⁴ Como domínios de um nível superior bastante conhecidos estão o comercial (.com), o educacional (.edu), os que designam instituições governamentais (.gov), os serviços militares (.mil) e, algumas vezes, os referentes a um país ou rede, e não a um tipo de serviço, como, por exemplo, Brasil (.br) e a rede Bitnet (.bitnet).

⁹⁵ EDDINGS, Joshua. *Op. cit.*, p. 89.

mesmos ou uma pequena frase ou ditado célebre ou popular, de maneira a personalizar o e-mail,⁹⁶ tornando-o menos árido.

O correio eletrônico já não está limitado a simples mensagens de texto, podendo-se anexar sons, imagens e vídeos, ou mesmo arquivos binários que contenham programas executáveis e que poderão ser descarregados pelo destinatário ao abrir seus e-mails.

Não se deve olvidar, contudo, que toda correspondência eletrônica não despachada com sucesso será devolvida para a caixa de correio, acompanhada de uma mensagem de erro, o que poderá ajudar o remetente a descobrir o motivo do insucesso no envio do e-mail e o que fazer para enviá-lo corretamente da próxima vez.

Sendo enviada com sucesso, o destinatário, ao recebê-la em sua caixa de correio, poderá lê-la, deletá-la⁹⁷, respondê-la, deixá-la na caixa, salvá-la em outra área do computador do serviço *online*, transferi-la para o seu computador pessoal ou realizar uma combinação dessas atividades. Clay Shirky explica que caso o usuário, após ler sua mensagem, decida que não precisa manter uma cópia dessa, basta deletá-la, assim como poderá fazê-lo antes mesmo de lê-la, se ela parecer pouco interessante ou tiver sido enviada por alguém que não lhe agrade.⁹⁸

Um bom programa de leitura oferece a preparação de mensagens fora de linha (*offline*), o envio e a recepção automáticos (para reduzir o tempo *online* gasto com o computador central de correio eletrônico), o arquivamento automático de mensagens em arquivos ou pastas separadas, o uso de um livro de endereços em que se pode armazenar os mais usados e a capacidade de enviar cópias a um grupo de endereços.

Segundo Marcelo Lima Cardoso Pereira, “[...] o correio eletrônico caracteriza-se por ser um meio de comunicação rápido, barato, cômodo e relativamente fácil de utilizar”⁹⁹, além de possibilitar buscas através do GOPHER, consultar uma base de dados *WAIS* e, inclusive, trabalhar de forma rudimentar com a *Web*.¹⁰⁰

Explicitando a noção do correio eletrônico como elemento causador de uma verdadeira revolução nas comunicações, Joshua Eddings ressalta:

O correio eletrônico está alterando o modo como as pessoas se comunicam. Não é necessário haver alguém na extremidade receptora quando se envia uma mensagem.

⁹⁶ *Idem*, p. 84.

⁹⁷ O verbo deletar é um neologismo da língua portuguesa originado do verbo *delete* em inglês, que significa apagar, remover.

⁹⁸ SHIRKY, Clay. *Op. cit.*, p. 15-16.

⁹⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁰ GOPHER, WAIS e *Web* são serviços da rede *internet*, que serão analisados mais adiante na presente dissertação.

[...] Sua mensagem viaja para a caixa postal destinatária à velocidade da luz, o que torna o correio eletrônico muito mais rápido que o tradicional. Mas a pessoa do outro lado ainda tem de verificar a caixa postal para ler sua mensagem!¹⁰¹

2.2.8.3 Outros serviços da internet

Existem outros serviços no âmbito da *internet* como o TELNET¹⁰², o GOPHER¹⁰³, o NEWS¹⁰⁴, o *mailing list* (lista de correio ou de distribuição)¹⁰⁵, o WAIS¹⁰⁶ e os serviços de conversação entre usuários¹⁰⁷ da rede das redes.

No âmbito desse serviço de conversação, o programa mais antigo existente é o IRC, que permite manter conversações simultâneas de computador a computador, através da rede, entre usuários que escrevem mensagens.¹⁰⁸

Outra utilidade existente é a telefonia através da *internet*, a qual permite a conversação via voz através da rede, podendo o usuário poderá fazer ligações de um computador a outro, de um computador a um telefone fixo e de um telefone fixo a um computador.¹⁰⁹

A terceira utilidade *talk* de conversação são os *chats*, disponibilizados em muitas páginas da *Web*. Diferentemente do IRC, o usuário poderá acessar o serviço de *chat* através de uma página *Web* que ofereça tal serviço, não precisando possuir um programa cliente. Após

¹⁰¹ EDDINGS, Joshua. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁰² Serviço que permite realizar acessos *online* a computadores remotos e trabalhar com estes de forma interativa, passando o computador do usuário a funcionar como um terminal remoto. Cf. HISTÓRIA da *Internet*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/treitrds/>>. Acesso em: 1 jul. 2008b.

¹⁰³ Ferramenta de busca de informações que permite navegar pela rede através de distintos servidores interligados entre si. O sistema GOPHER é parecido com o da *Web*, embora seja mais antigo, mais fácil de usar e mais rápido, pois é baseado em *menus* e *submenus*. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 72-73

¹⁰⁴ Grupos de notícias a cerca dos mais diversos temas que se encontram dentro de servidores interconectados entre si, formando a USENET - um conjunto integrado de foros eletrônicos de debate e discussão. Cf. LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. Ryer. *Op. cit.*, 1994, p. 54.

¹⁰⁵ É, literalmente, uma lista de endereços eletrônicos de um grupo de indivíduos interessados em enviar e receber mensagens sobre determinado tipo de assunto. Para isso, é necessário fazer uma assinatura, acrescentando o endereço a uma destas listas. Assim, qualquer mensagem a ela enviada será remetida aos demais participantes e, da mesma forma, receber-se-ão todas as mensagens que os outros assinantes por meio dela enviarem. Cf. SHIRKY, Clay. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁶ Serviço de busca de informação de área extensa para o acesso a bases de dados distribuídas por todo o mundo e suportadas por servidores públicos, contendo, em geral, arquivos em forma de texto. Cf. EDDINGS, Joshua. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁷ Permitem uma comunicação simultânea entre duas ou mais pessoas através da rede, seja via texto, imagem e/ou voz. Esses serviços são conhecidos como utilidades *talk* de conversação.

¹⁰⁸ HISTÓRIA da *Internet*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/treitrds/>>. Acesso em: 1 jul. 2008b.

¹⁰⁹ As ligações telefônicas através da *internet* possuem a vantagem de terem um baixo custo, embora a qualidade da voz nas conversações seja, em geral, inferior se comparada à qualidade da voz no sistema convencional de telefonia. Isso porque a voz é analógica e, para ser transmitida pela *internet*, necessita ser convertida em pacotes digitais, o que atrasa o processo de transmissão. Quando há um intenso tráfego de informações na rede é também provável que a voz chegue a seu destino distorcida.

entrar na página, basta que o usuário selecione uma sala de bate-papo e escolha um apelido (*nickname*), para intercambiar mensagens de texto, de voz e recursos em 3D¹¹⁰, mas, em geral, não se permite o intercambio de arquivos, como é possível nos canais IRC.

Marcelo Cardoso Pereira ressalta que, embora não seja necessário instalar um programa cliente para utilizar um serviço de *chat*, muitas páginas *Web* costumam instalar no disco rígido do computador do usuário e, algumas vezes sem que este o saiba, uma pequena aplicação denominada *applet* (Programas na linguagem Java), com a justificativa de que tal aplicação possibilitará e facilitará a comunicação do usuário no *chat*.¹¹¹ Há páginas *Web* que condicionam o acesso a seus serviços de *chat* ao descarregamento de um programa cliente no computador do usuário, neste caso com sua anuência.

A quarta modalidade de utilidade *talk* são os sistemas de mensagem instantânea (*instant message*), que consistem na utilização de pequenos programas (ICQ, *Yahoo Messenger*, *Windows Messenger*, MSN, etc.), instalados nos computadores dos usuários, os quais permitem o envio de mensagens a outros usuários conhecidos, desde que conectados à *internet* no mesmo momento.¹¹² Através deste sistema, é possível manter uma conversa via voz, através de texto e, inclusive, de imagens.

O usuário deverá instalar o programa cliente no seu computador e fornecer alguns dados, como nome de usuário, senha e, dependendo do caso, o endereço de correio eletrônico.

Uma característica importante do serviço de mensagens instantâneas é que o usuário poderá utilizá-lo em qualquer computador que tenha o programa cliente instalado e que esteja conectado à *internet*. Caso não esteja instalado, é muito fácil e rápido baixá-lo da *internet*, ou mesmo usar algumas páginas *Web* que simulam esses programas. Nesses casos, o usuário poderá abrir a sua lista de contatos que estão conectados à rede no momento do acesso, posto que estão armazenados no servidor de mensagens instantâneas.

Através deste serviço, é possível intercambiar mensagens escritas em tempo real, deixar recados para os contatos que estão *offline*, manter conversações via voz ou via voz e imagem ao mesmo tempo, trocar arquivos de fotos, músicas, programas informáticos, etc., ligar de um computador a um telefone fixo convencional e até mesmo enviar mensagens curtas a telefones celulares.¹¹³ Tais funcionalidades tornaram o serviço de mensagens instantâneas um dos mais populares e utilizados na *internet*.

¹¹⁰ 3D significa terceira dimensão. VIERA, Sônia Aguiar do Amaral. *Op. cit.*, p. 56.

¹¹¹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹² PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 100.

¹¹³ *Idem*, p. 101.

O quinto e último serviço de utilidade *talk* da *internet* é a videoconferência, que se trata, segundo Márcia Regina Sawaya, de:

uma conferência por computador mantida entre várias pessoas em diferentes localizações geográficas. Cada uma deve ter um PC com um câmera de vídeo acoplada. Cada participante é gravado na câmera e a imagem é mostrada aos outros PCs participantes por um programa aplicativo especial.¹¹⁴

Existem outras aplicações disponíveis na rede das redes e fazer uma lista de todas elas seria uma tarefa árdua, embora se possa afirmar que as elencadas no presente trabalho são as mais importantes para compreensão da utilização da *internet* no ambiente de trabalho. É importante frisar, entretanto, que novos serviços para *internet* estão sendo desenvolvidos continuamente, em virtude das inovações tecnológicas, sobretudo na seara da informática, e que, em questão de pouco tempo, poderão se tornar ferramentas importantes para as empresas, tanto como instrumentos de trabalho, quanto como meios de fomento à atividade produtiva.

¹¹⁴ SAWAYA, Maria Regina. Dicionário de informática & *internet*. São Paulo: Nobel, 1999, p. 103.

3 DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

3.1 Evolução histórica

Os direitos à intimidade e à privacidade são direitos cujas denominações, definições e conteúdo variam de acordo com o tempo e o lugar, de acordo com a evolução histórica das sociedades e os conflitos jurídicos que elas vivenciam.

Dessa forma, para que haja uma adequada compreensão acerca da intimidade e da privacidade como direitos da personalidade e direitos fundamentais da pessoa humana no mundo contemporâneo, faz-se necessário apresentar um breve esboço histórico acerca de tais direitos.

Embora existam menções à solidão e à intimidade na Idade Antiga – em documentos dos povos gregos e romanos e, até mesmo, da China Antiga e, também, na Idade Média – pode-se dizer que os primeiros estudos e casos jurisprudenciais referentes aos direitos à intimidade e à privacidade apareceram no século XIX, período de ouro da sociedade burguesa.

José Adércio Leite Sampaio explica que, até então, não se podia considerar a intimidade e a vida privada como objetos específicos de um direito, mas como reflexos da proteção do direito à propriedade, à honra, do direito contratual, do direito à liberdade, da inviolabilidade de domicílio e de correspondência. A partir do século XIX sua formulação far-se-á, contudo, de modo mais preciso “como direito autônomo [...], com o deslocamento do centro de proteção para o que se chamaria de ‘patrimônio moral do homem’ ou de ‘personalidade humana inviolável’”.¹¹⁵

Ocorreram, no século XIX, três fatos históricos bastante citados pela doutrina no que se refere às primeiras incursões da intimidade e da vida privada, como atributos autônomos do ser humano.¹¹⁶

¹¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 54.

¹¹⁶ José Adércio Leite Sampaio cita um quarto caso que, na realidade, seria a primeira notícia histórica do direito à intimidade como direito de ser deixado em paz. *David Augusto Röder*, em seu trabalho *Grundzüge des Naturrechts*, datado de 1846, define como violadores do “direito natural à vida privada”, “incomodar alguém com perguntas indiscretas” ou “entrar em um aposento sem se fazer anunciar”. Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 55.

Aos 38 anos de idade, a famosa atriz do teatro francês Elisabeth Rachel Felix faleceu, vítima de uma tuberculose. A irmã da falecida, respeitando o último desejo da moribunda, pediu a dois artistas que a desenhassem, alertando-os que em hipótese alguma poderiam reproduzir o retrato. Entretanto, eles permitiram que fossem feitas cópias a partir da fotografia, de maneira a ser publicada em um semanário intitulado *L'Illustration*. Ao saber do acontecido, a irmã da pintora ajuizou uma ação no Tribunal Civil do Sena que, além de determinar a apreensão das cópias, fundamentou a decisão no fato de que, por mais famoso que fosse um grande homem, a sua vida privada se distinguia da pública e, portanto, o artista teria o direito de morrer na obscuridade, mesmo que tivesse vivido no triunfo¹¹⁷. O homem célebre teria o direito de morrer escondido.

A decisão do tribunal francês, de 16 de junho de 1858, traz duas noções importantíssimas: a de um direito à vida privada, mesmo de uma celebridade, e a de um direito ao esquecimento. Apesar de a sobredita sentença ter salvaguardado mais o direito à imagem, os argumentos por ela trazidos, como fundamento da proteção, estabelecem a necessidade de que seja respeitado o direito à vida privada da pessoa, resguardando-se sentimentos e a opção pela reserva, diante de certos momentos com os quais o ser humano depara-se ao longo da vida.

Outro fato importante foi a configuração do direito à vida privada pelo juiz Cooley que, em 1873, em sua obra "*The Elements of Torts*", chegou à conclusão de que a *privacy* se constitui no *right to be let alone*, que significa, na tradução literal para o português, o direito de ser deixado sozinho ou de estar sozinho. Urubayén, citado por Marcelo Cardoso Pereira, entretanto, entende que a melhor tradução da expressão seria o direito de ser deixado em paz¹¹⁸.

Não obstante, para muitos doutrinadores, o estudo que realmente consagrou o direito à intimidade foi o ensaio de Warren-Brandeis. Em 15 de dezembro de 1890, os advogados norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis – que posteriormente viria a se tornar um dos mais famosos e influentes juizes da Suprema Corte – escreveram o artigo "*The Right to Privacy*" e o publicaram na *Harvard Law Review*, motivados pela indiscrição da imprensa, que se preocupava em divulgar fofocas em relação à vida privada de Warren e de sua esposa, filha do Senador Thomas F. Bayard.¹¹⁹

¹¹⁷ FERNANDES, Milton. Proteção civil da intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977, p.19

¹¹⁸ URUBAYEN, Miguel. Vida privada e información, un conflicto permanente. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977, p. 17 *apud* PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 112.

¹¹⁹ MORI, Michele Keiko. Direito à intimidade *versus* informática. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15.

O artigo esboçava a necessidade de um novo direito, apto a proteger a pessoa contra os novos inventos e, também, em face das constantes invasões da tranqüilidade individual e familiar pela imprensa sensacionalista. O texto procurava apresentar a urgência da evolução do Direito diante das mudanças impostas pela vida moderna.

Na parte final deste artigo, os autores delimitam a fronteira do que seria o direito à intimidade. O *right to be alone* ou “direito de estar só” não se restringiria a publicações que tenham em seu teor matérias de interesse público; não impede a comunicação de nenhum assunto, desde que de acordo com a lei; afirma a cessação do direito à vida privada quando do consentimento do interessado; e, por fim, afirma que a alegação da exceção da verdade não serve como defesa.¹²⁰ Ou seja, o “direito de estar só” se consubstancia na faculdade de “determinar ordinariamente em que medida seus pensamentos, sentimentos e emoções devem ser comunicados a outrem”.¹²¹

Com o ensaio de *Warren-Brandeis*, a matéria passou a ser tratada como teoria, fomentando a formação de bases técnico-jurídicas da noção de privacidade e passando essa a se configurar como um direito.¹²²

Em 1905, pôde-se observar a repercussão jurídica desse artigo, nos Estados Unidos da América, quando a Corte de Apelações da Geórgia reconheceu, pela primeira vez, a existência do direito à privacidade, independentemente de se ter expedido uma lei que o contemplasse expressamente, na decisão do caso *Pavesich vs New England Life Insurance Co*. Seguiram-se, então, diversas decisões judiciais que terminaram por tutelar o direito de estar só, de ser deixada em sossego a vida íntima das pessoas, à parte das suas atividades públicas.¹²³

Os conceitos do artigo de *Warren-Brandeis* também foram exaltados, em 1952, por Douglas, magistrado da Corte Suprema dos EUA, quando considerou a intimidade pessoal, o direito de ser deixado só, como o princípio de toda a liberdade.¹²⁴

Em 1960, Willian L. Prosser, em consonância com a teoria traçada por Brandeis e Warren, publicou um artigo no qual elencou diversos casos nos quais o direito à privacidade já havia sido reconhecido judicialmente.

¹²⁰ FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, p. 23.

¹²¹ RUIZ MIGUEL, Carlos. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 77 *apud* BARROS, Alice Monteiro. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997, p. 29.

¹²² TEIXEIRA, Renato Patrício. Direito à intimidade e interceptações telefônicas. 2000. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 43.

¹²³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 16, jan./jul. 2000, p. 12.

¹²⁴ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentin. Derecho a la intimidadb, informática y derecho, p. 11 *apud* BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 21

Para Alice Monteiro de Barros, a partir daí o direito à intimidade sofre uma transformação, desligando-se da sua concepção de titularidade do pleno domínio de um bem móvel ou imóvel, e começa a ser considerado atributo da personalidade do indivíduo, enquadrando-se, sob a perspectiva civilista, como um direito da personalidade:

Esse direito, embora possa implicar, quando violado, pagamento de indenização, não está relacionado com a condição social ou com o patrimônio dos indivíduos. Seu fundamento é a liberdade individual.¹²⁵

A autora, sem embargo, adverte que hoje em dia:

Não basta [...] que estejamos sós, para que tenhamos nossa intimidade assegurada. É que ela pode ser violada à distância, com o uso indevido de teleobjetiva, de escutas telefônicas e dados informativos, sem que haja a presença física do infrator.

No mesmo sentido, San Miguel Rodríguez-Arango explica que a definição do juiz Cooley como o “direito de estar só”, esmiuçada, posteriormente, por Warren e Brandeis, não corresponde à atual dimensão de intimidade pois, para aqueles juristas norte-americanos, a proteção à intimidade limitar-se-ia às intromissões físicas, à tranqüilidade e solidão, a uma vida afastada dos demais, distante da sociedade. A intimidade, para o autor espanhol, hoje em dia pode ser vulnerada através de meios em que não é necessária a presença física do suposto intruso, como as escutas telefônicas, fotos tiradas à distância e o uso indevido dos dados informáticos.¹²⁶

3.2 Direitos à intimidade e à privacidade como direitos fundamentais

Os direitos fundamentais servem de origem a outros direitos deles derivados ou a eles subordinados, sendo garantidos ao indivíduo pela lei fundamental do Estado, e são essenciais e inerentes a todos os homens.

O processo de positivação dos direitos fundamentais se inicia na Idade Média, quando os pensadores cristãos passam a se preocupar com a necessidade de incorporar aos textos de

¹²⁵ BARROS, Alice Monteiro. Proteção à intimidade do empregado. *Op. cit.*, p. 21.

¹²⁶ RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis García. Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión. In: VV.AA. Estudios sobre el derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1992, p. 17 *apud* PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 112.

direito positivo aqueles direitos que tinham a proteção ao gênero humano como fonte de sua normatividade¹²⁷.

A primeira grande fonte das Declarações de Direitos Humanos, entre os documentos medievais, foi a Magna Carta de 1215 da Inglaterra, a qual conferiu importante papel no desenvolvimento das liberdades públicas do país.

Já no século XVIII, surgem as Declarações Americanas de Direitos, incluindo a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776.

A Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamava os direitos do homem livre, numa sociedade livre, segundo os postulados do direito natural. Ela representou um modelo de liberdade para todos os povos europeus, influenciando a Constituição espanhola de 1812 e a belga de 1831, assim como as cartas constitucionais da Alemanha de 1919 e da Itália de 1948. A partir de então, utiliza-se a expressão Direitos Fundamentais para aqueles direitos positivados numa constituição de um determinado Estado.

As declarações do século XVIII tiveram influência na constitucionalização dos direitos humanos no século XIX, deixando esses direitos de serem apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas.

Já no século XX, inicia-se, então, um processo de universalização e internacionalização dos direitos fundamentais, impulsionado pelas novas demandas da humanidade. A preocupação em torno da tutela dos direitos fundamentais, através de normas que vencessem as limitações espaciais dos Estados, inspirou, em 1948, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, marcando uma etapa decisiva no âmbito internacional, pela busca de um sentimento ético comum.

Embora essa Declaração não tenha por si só força obrigatória¹²⁸, seu primeiro artigo define a base ideológica do diploma: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Em seguida, o documento elenca os direitos a serem protegidos e estabelece em seu art. 12: “Ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados à sua honra e a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais invasões e atentados”.

¹²⁷ MORI, Michele Keiko. *Op. cit.*, p. 16.

¹²⁸ O texto da Declaração foi ratificado pela maioria dos 58 Estados membros da Assembléia Geral da ONU, em 1948, incluindo o Brasil. Alguns, entretanto, como a União Soviética, os países do Leste europeu, a Arábia Saudita e a África do Sul se abstiveram, à época. Cf. GENEVOIS, Margarida. Direitos humanos na história. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2008.

Nesse mesmo ano foi realizada, em Bogotá, a 9ª Conferência Internacional Americana e, em 1950, a Convenção Européia para a Tutela dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Os documentos resultantes desses encontros contêm artigos com redação semelhante ao art. 12 da Declaração Universal, no que tange à vida privada dos seres humanos.

Em 1968, foi celebrada a Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, em 1969 a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em São José da Costa Rica¹²⁹, e, em 1993, foi convocada a segunda Conferência Internacional em Viena, acontecimentos que constituem marcos no processo de formulação e implementação das políticas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, tendo contribuído para a construção da universalidade dos direitos fundamentais, bem como para a complementaridade dos instrumentos de proteção.

É importante ressaltar que os direitos fundamentais evoluíram com o tempo, ao longo das Declarações de Direito e com os avanços nos estudos de sua normatividade, aplicabilidade e eficácia. Se no século XVIII e XIX os direitos individuais foram prestigiados, para proteger o indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, sendo chamados de liberdades públicas negativas, no século XX eles foram sendo moldados, passando pelo surgimento dos direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos de natureza social, e sofrendo os devidos temperamentos. Isso porque adota-se, nesse trabalho, o entendimento de que as gerações de direitos explicitadas por Norberto Bobbio na verdade são melhor compreendidas como dimensões de direitos, visto que a expressão “geração de direitos” suscita a errônea idéia de exclusão dos direitos da geração anterior.

Luiz Alberto David Araújo corrobora que não se pode falar em gerações de direitos no sentido da exclusão dos grupos anteriores, mas apenas para mostrar a evolução temporal dos direitos fundamentais ao longo do tempo. “A segunda geração, de direitos sociais, não excluiu a primeira e tampouco a terceira, não suprimiu a segunda ou a primeira. São direitos que vão sendo acumulados, formando um corpo consistente de direitos fundamentais.”¹³⁰

¹²⁹ A Convenção proclama em seu art. 11: “Toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida. Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem um direito à proteção da lei contra tais ataques ou interferências”.

¹³⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (-email) e o poder diretivo do empregador. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v.10, n.40, jul./set. 2002, p. 100.

De acordo com Alexandre de Moraes, direitos humanos podem ser definidos:

[...] como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.¹³¹

Pérez-Luño os define como:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.¹³²

Segundo José Afonso da Silva, não é fácil concretizar a riqueza dos vários aspectos das expressões direitos fundamentais do homem, direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais, embora o autor prefira a primeira expressão porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.¹³³

Os direitos à intimidade e à privacidade são direitos fundamentais individuais, relativos à liberdade, em contraposição aos direitos sociais. Sua natureza jurídica é a de um direito fundamental de defesa, um direito subjetivo, inerente à própria pessoa humana. Para José Afonso da Silva:

[...] direitos fundamentais do homem-indivíduo [...] são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e a independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.¹³⁴

¹³¹ MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 1997, v. 3, p. 39.

¹³² PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2001 apud MORAES, Alexandre. *Op. cit.*, p. 40.

¹³³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 177.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 188.

No Brasil, os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada passaram a constar, expressamente, no texto constitucional, com a Norma Fundamental de 1988 que, no artigo 5º, inciso X, localizado no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, assim dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Realmente, as Constituições anteriores traziam tão somente uma proteção implícita aos direitos à intimidade e à privacidade, através da menção a apenas algumas das dimensões desses direitos fundamentais, que apresentam um vasto conteúdo.

Assim, a Constituição do Império, de 1824, falava em inviolabilidade do domicílio e das cartas, em seu art. 179, VII e XXVI, protegendo, indiretamente, a intimidade no tocante a esses assuntos. A Constituição da República, de 1891, regulava a inviolabilidade de domicílio e da correspondência em seu art. 72, §§ 11 e 12 e a Constituição de 1934, protegeu-a no art. 113, ns. 8 e 16. A Carta de 1937, fruto de um regime ditatorial, repetiu, em linhas gerais, o conteúdo da Constituição de 1934, no seu art. 112, § 6º, enquanto a Constituição de 1946, que restituiu o regime democrático no país, protegeu a intimidade, através da inviolabilidade de domicílio e da correspondência no art. 141, §§ 6º e 15. A Constituição de 1967 e sua Emenda I, de 1969, garantiu a inviolabilidade de correspondência e, pela primeira vez, o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, no art. 153, § 9º, mostrando-se atenta ao desenvolvimento tecnológico e manteve, ainda, a inviolabilidade de domicílio, no art. 153, § 10. Na Emenda Constitucional n. I, a tutela genérica da intimidade pode ser implicitamente localizada no § 36 do art. 153.

A Constituição de 1988, além de tutelar explícita e diretamente os direitos à intimidade e à vida privada em seu art. 5º, inc. X, protege outros aspectos desses direitos, tais como o direito de resposta (art. 5º, inc. V), a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI), a inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo restrição judicial (art. 5º, inc. XII) e o resguardo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, em se tratando de acesso à informação (art. 5º, inc. XIV) e a restrição à publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX).

Ademais, esta Norma Fundamental garante outros direitos da personalidade, como o direito à vida¹³⁵, o direito à honra, o direito à imagem, o direito moral do autor, o direito à integridade física, o direito à voz, o direito à integridade psíquica e o direito à propriedade intelectual.

¹³⁵ O direito à vida, não obstante, também foi garantido em todas as Constituições brasileiras anteriores, como uma forma de proteção genérica aos direitos da personalidade.

Conforme Luiz Alberto David Araújo, não foi só o fator cultural de “escrever para garantir” que fez com que o constituinte de 1988 especificasse os direitos à intimidade e à privacidade de forma clara e inequívoca, mas os avanços tecnológicos que, aos poucos, vêm ameaçando a esfera individual das pessoas, colocando em risco a sua intimidade e privacidade.¹³⁶

Celso Ribeiro Bastos busca situar o conteúdo normativo do art. 5º, inc. X, da Constituição:

O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.¹³⁷

Os direitos fundamentais individuais, nos quais se inserem os direitos à intimidade e à vida privada, fazem parte do rol das cláusulas pétreas, consoante o disposto no art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88, sendo, portanto, núcleos centrais imutáveis do sistema constitucional pátrio, não podendo o constituinte derivado aprovar Emenda Constitucional que vise abolir ou apresente tendência a abolir esses direitos.

Os direitos fundamentais são, outrossim, uma projeção da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro, esculpido no art. 1º, III, da Constituição vigente. Assim, os direitos à vida privada e à intimidade são consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana.

A dignidade, na condição de valor e princípio fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, bem como exige e pressupõe o reconhecimento e proteção desses direitos. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, quando não se reconhece à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade se está lhe negando a própria dignidade.¹³⁸

A relação entre a dignidade humana e as demais normas de direitos fundamentais é caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos. A dignidade assume a função de elemento e medida dos direitos

¹³⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Op. cit.*, p. 102-103.

¹³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 63.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 87.

fundamentais, de forma que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.

Sarlet explica que a dignidade da pessoa humana possui um caráter multidimensional, considerando sua dimensão ontológica, sua dimensão histórico-cultural e sua dupla função, negativa, manifestando-se como expressão da autonomia humana, e positiva, como tarefa da comunidade e do Estado, em virtude da necessidade de sua proteção.¹³⁹

Para o autor, o elemento nuclear da dignidade concentra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. Esta liberdade é considerado em abstrato, como sendo a capacidade que cada ser humano tem de autodeterminar a sua conduta, não dependendo de sua efetiva realização as condições da pessoa em concreto, de forma que o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade que qualquer outro ser humano.¹⁴⁰

O reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais em geral, inclusive os direitos de liberdade, como os direitos à intimidade e à privacidade, constituem uma das principais exigências da dignidade da pessoa humana.

Ademais, segundo o autor, a dignidade da pessoa, como tarefa imposta ao Estado, reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a sua promoção, através da criação de condições que possibilitem o seu pleno exercício e fruição.¹⁴¹

Sarlet ainda ressalta que a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como vedação da instrumentalização do homem:

em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser [...] o do objetivo da conduta, isto é, da intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro.¹⁴²

Segundo José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.¹⁴³

Alexandre de Moraes, a conceitua como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente

¹³⁹ *Idem*, 50.

¹⁴⁰ *Idem*, 46.

¹⁴¹ *Idem*, 48.

¹⁴² *Idem*, 52.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 106.

excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mais sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁴⁴

Flávia Piovesan explica que a Constituição de 1988 elegeu o valor da dignidade humana como valor essencial que lhe dá unidade de sentido, incorporando as exigências de justiça e valores éticos e conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. A busca do texto constitucional em resguardar o valor da dignidade é redimensionada, na medida em que privilegia, de maneira enfática, a temática dos direitos fundamentais.¹⁴⁵

Sarlet apresenta como definição da dignidade 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 a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁴⁶

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano, no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como sejam propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Esse princípio possui, ainda, o relevante papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais e é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto desses direitos, facilitando a sua interpretação e aplicação.¹⁴⁷

É importante ressaltar que uma das bases da dignidade é a autonomia pessoal, isto é, a liberdade que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, ou seja, a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade.

Sarlet, citando Paulo Mota Pinto, sustenta que da garantia da dignidade humana decorre o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos destinados à defesa das refrações essenciais da

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 56-57.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. *Op. cit.*, 62.

¹⁴⁷ MORI, Michele Keiko. *Op. cit.*, p. 21.

personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.¹⁴⁸

Para Sarlet, a dignidade pressupõe, também, o reconhecimento e proteção da identidade pessoal, concretizando-se, entre outras dimensões, no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, revelando uma conexão da dignidade, não apenas com o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas outrossim com os direitos da personalidade em geral. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha já afirmou que o direito à intimidade deriva da dignidade da pessoa humana, por implicar a existência de um âmbito próprio e reservado em face da atuação e conhecimento dos demais, indispensável à manutenção de uma qualidade mínima de vida humana.¹⁴⁹

3.3 Direitos à intimidade e à privacidade como direitos da personalidade

Os direitos à intimidade e à privacidade, além de serem direitos fundamentais, integram a categoria dos direitos da personalidade, enquadrando-se, dessa forma, entre os direitos que constituem um atributo da personalidade.

De acordo com Maria Helena Diniz:

a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.¹⁵⁰

Luciana Fregadolli define a personalidade como “parte do indivíduo, a parte que lhe é intrínseca, pois através dela a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens”.¹⁵¹

Na realidade, depreende-se do exposto que basta o nascimento com vida para que o ser humano adquira personalidade, ressalvando-se que o Código Civil brasileiro de 2002, em seu

¹⁴⁸ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil, ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 151 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Op. cit.*, 88.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Op. cit.*, 89.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 83.

¹⁵¹ FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade e a prova ilícita. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 22.

art. 2º, corroborando o que já dizia o art. 4º do CC/1916, resguarda os direitos do nascituro, desde a concepção.

Personalidade, em sentido jurídico, tem sido reiteradamente entendida como a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Segundo César Fiúza, é um atributo que confere a um ser o *status* de pessoa¹⁵². Mas nem sempre foi assim. A personalidade e os direitos que dela emergem podem ser considerados como conquistas da humanidade, ao longo da história, que se projetaram no campo jurídico.

Verifica-se que esse conjunto de caracteres próprios do ser humano, a que se denomina personalidade, pode ser alvo de ofensas que, se não repelidas, resultam em prejuízos físicos e morais ao indivíduo. As normas previstas no ordenamento jurídico conferem ao homem autorização para defender a sua personalidade, nas suas mais variadas formas de expressão.

Para Fregadoli, esse complexo de normas jurídicas que tornam possível ao homem defender seus atributos pessoais mais intrínsecos, manifestos física e moralmente, ou seja, sua personalidade, constitui a classe dos direitos da personalidade.¹⁵³

Consoante Orlando Gomes, “sob a denominação direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, com a finalidade de preservar a sua dignidade.”¹⁵⁴ Tais direitos têm base legal e destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-as dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.

Limongi França define os direitos da personalidade “como as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.¹⁵⁵

Para o jurista italiano Adriano de Cupis, os direitos da personalidade:

São direitos subjetivos cuja função relativamente à personalidade é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria

¹⁵² FIÚZA, César. Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. De acordo com o autor, as pessoas jurídicas, embora sendo entes abstratos, também possuem personalidade, sendo esta uma invenção do Direito.

¹⁵³ FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 153 *apud* FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁵ FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1025 *apud* FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 22.

como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente, os direitos da personalidade.¹⁵⁶

Os direitos personalíssimos ou da personalidade, portanto, são os que integram a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, a intimidade etc. A ordem jurídica confere aos entes a qualidade de pessoas, dotando-as de personalidade jurídica, ou seja, da capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações. Porém, de nada isso valeria se, ao mesmo tempo, não lhes assegurasse um mínimo de direitos como condição indispensável à aquisição de todos os demais direitos. E esse mínimo de direitos constitui a categoria dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade diferenciam-se dos demais direitos, porque uma pessoa pode não querer conservar seu direito de propriedade ou seus créditos, por exemplo. Mas, toda pessoa está obrigada a conservar e respeitar seus próprios direitos humanos, no sentido de que ninguém pode atentar contra sua vida, seu corpo, sua saúde, sua honra etc.

Carlos Alberto Bittar entende que os direitos da personalidade não existem por força de lei, constituindo-se como direitos inatos, relacionados a atributos inerentes à condição humana, “cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los [...] a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária [...] dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte: contra o arbítrio do poder público ou [...] dos particulares”.¹⁵⁷

Essa denominação de direitos da personalidade como direitos inatos tem por fundamento a orientação jusnaturalista, não podendo ser reduzidos à sua forma positiva, ou seja, não podem estar unicamente adstritos à lei. Neste caso, os direitos da personalidade não derivariam de uma concessão do Estado; seriam anteriores a ele, tendo como origem a própria condição humana.

Já Edson Ferreira da Silva salienta que, na atual conjuntura política da humanidade, só é possível reconhecer como direitos aquelas faculdades ou atributos que a ordem jurídica assegure, garanta-lhes e confira-lhes tutela adequada. Antes do reconhecimento pelo ordenamento jurídico o que existem são fatos da vida, que só assumem a condição de direitos quando a ordem jurídica os proteger e tutelar. E essa proteção não seria possível se tais direitos não estivessem inseridos, ao menos implicitamente, no sistema jurídico.¹⁵⁸

Embora se reconheça que todo ser humano possui um conjunto de atributos que lhe são inerentes, independentemente da existência das leis, pode-se dizer que o Direito tem a

¹⁵⁶ DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

¹⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 7.

¹⁵⁸ SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 10-11. No mesmo sentido, DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, p. 18.

função de tutelar esses traços que formam a personalidade, atribuindo-lhes um *status* jurídico por meio do qual eles poderão ser defendidos contra violações.

É necessário ressaltar que a questão da natureza dos direitos da personalidade, segundo a dicotomia Direito Público e Direito Privado, hoje perdeu a sua importância, posto que, na realidade, a natureza dos direitos depende muito mais da ótica de quem os visualiza. Conforme Elimar Szaniawsky¹⁵⁹, os direitos da personalidade, por serem inerentes aos diversos aspectos da manifestação da personalidade humana, transcendem o ramo jurídico civilista, sendo sua tutela ampla, dirigida tanto ao Estado, que deve respeitar os direitos das pessoas, como aos particulares, nas suas relações privadas.

Os direitos da personalidade são classificados segundo a visão de cada doutrinador que enfatiza, logicamente, os aspectos que lhe parecem mais relevantes. Dessa forma, é difícil se estabelecer uma classificação uniforme, até mesmo em virtude da própria evolução da sociedade, que dá margem ao nascimento de novos direitos da personalidade.

Orlando Gomes classifica os direitos da personalidade de forma bipartida: de um lado, os direitos à integridade física, compreendendo o direito à vida e o direito sobre o corpo; de outro, os direitos à integridade moral, englobando o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor.¹⁶⁰

Limongi França¹⁶¹ apresenta uma classificação interessante dos direitos personalíssimos, sob três aspectos: quanto à integridade física, quanto à integridade intelectual e quanto à integridade moral. Os direitos à intimidade e privacidade pertenceriam, segundo essa classificação, aos direitos que visam resguardar a integridade moral do ser humano.

Carlos Alberto Bittar classifica os direitos personalíssimos em direitos físicos, psíquicos e morais, estando a intimidade e o sigilo na categoria de direitos psíquicos.¹⁶²

Percebe-se, portanto, que, independentemente do tipo de classificação, os direitos à intimidade e à privacidade, ainda que denominados por outras nomenclaturas, como direito ao recato, ao resguardo ou à vida privada, constituem atributos da personalidade do ser humano, pois têm caráter essencial, representando o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana.

¹⁵⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 93.

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 158 *apud* TEIXEIRA, Renato Patrício. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁶¹ FRANÇA, R. Limongi. Manual de Direito Civil. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1, p. 329.

¹⁶² BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 17.

Os direitos da personalidade, incluindo os direitos à intimidade e à privacidade, são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários e, para alguns autores, inatos.

A questão de serem inatos ou não adentra na discussão *supra* mencionada, travada entre os jusnaturalistas e positivistas, quanto ao fato de os direitos da personalidade serem ou não direitos naturais. Considerando que, no atual estágio do Direito, pode-se considerar os direitos da personalidade como direitos consagrados pela ordem jurídica para proteger atributos intrínsecos aos seres humanos, observa-se que aqueles direitos podem ser considerados inatos não porque a sua existência independa ou seja anterior ao reconhecimento pelo sistema jurídico, mas por bastar o pressuposto do início da personalidade jurídica para a sua incidência, ou seja, o simples fato de uma pessoa nascer com vida já lhe confere personalidade e mecanismos para a sua proteção.¹⁶³

Os direitos à intimidade e privacidade são absolutos porque oponíveis *erga omnes*, visto que tanto o Estado quanto os particulares devem respeitá-los. Deve-se ressaltar que a sua oponibilidade é absoluta, mas não o seu exercício, até mesmo porque no ordenamento vigente não existe um direito subjetivo ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito.

Tais direitos são extrapatrimoniais, pois não são avaliáveis pecuniariamente, não integram bens do patrimônio de uma pessoa e não são redutíveis a uma mera estimativa econômica, passível de conversão em dinheiro. Não obstante, nada impede que tenham reflexo econômico, como, por exemplo, quando violados, ensejando uma reparação em dinheiro, a título de danos materiais e/ou danos morais, conforme previsto no art. 12, *caput*¹⁶⁴, do Código Civil de 2002.

Os direitos à intimidade e privacidade são inalienáveis, a título gratuito ou oneroso, pois inconcebível que uma pessoa possa vender ou doar a proteção concedida pela lei a esses atributos da sua personalidade. Por isso mesmo, não estão sujeitos à execução forçada.

Os direitos da personalidade não se extinguem pelo não uso, por falta de proteção das pessoas ou pelo decurso do tempo, isto é, são imprescritíveis e inextinguíveis, salvo por morte do titular. As pretensões e ações que deles se irradiam não prescrevem, nem precluem as exceções, impedindo que a lesão a esses direitos possa convaler, com o perecimento da pretensão reparatória.

¹⁶³ Não obstante tal colocação, Bruno Lewicki explica que no caso, por exemplo, do direito moral do autor, a pessoa, ao nascer, terá apenas a potencialidade de ser autora. Caso venha a exteriorizar criação intelectual, aí, sim, haverá o fato gerador do direito do autor.

¹⁶⁴ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

São os direitos à intimidade e à privacidade indisponíveis e irrenunciáveis pela própria natureza do objeto protegido, ou seja, atributos da personalidade, não podendo mudar de sujeito nem mesmo pela vontade do titular, que apenas tem o direito de usá-los e gozá-los.

A impossibilidade de renúncia deriva de seu caráter de direito fundamental, além de estar expressa no art. 11¹⁶⁵ do Código Civil de 2002. Já em relação à sua indisponibilidade, autores, como Edson Ferreira da Silva, entendem que é possível que o titular do direito consinta na exposição ou publicação da sua intimidade, sendo a sua indisponibilidade relativa:

Não se pode dispor em caráter definitivo – e irrevogável – de um bem (o resguardo da própria intimidade) que constitui condição indispensável de existência digna da pessoa humana e de desenvolvimento saudável da personalidade. É nesse sentido que o direito é irrenunciável, embora comporte limitado poder de disposição. Ou como afiança Pontes de Miranda: pode-se deixar de exercer o direito de velar pela própria intimidade, mas o poder respectivo, sendo irrenunciável o direito, pode ser retomado a qualquer tempo.¹⁶⁶

Diz-se, ainda, que os direitos à intimidade e à privacidade têm como característica a generalidade, posto que todas as pessoas são dela dotadas pelo simples fato de serem pessoas, o que traz duas conseqüências importantes: são os direitos da personalidade vitalícios – porque, enquanto durar a vida, o indivíduo possuirá traços de sua vida a serem resguardados – e necessários – porque “não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos.”¹⁶⁷

No que tange à questão da enumeração dos direitos da personalidade, existem duas teorias, a monista e a pluralista. A primeira, originária da Alemanha, conhecida como teoria geral da personalidade, que concebe um direito geral da personalidade, repelindo, assim, a tipificação e fragmentação desse direito, posto que todas as suas dimensões decorrem do dignidade do homem e do livre desdobramento da personalidade. Para os adeptos dessa teoria, a tipificação levaria à proteção apenas daqueles direitos arrolados em lei, enquanto o direito único da personalidade alcançaria todos, inclusive os não previstos no direito positivado. Já para os adeptos da teoria pluralista, haveria múltiplos direitos da personalidade.

¹⁶⁵ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁶⁶ SILVA, Edson Ferreira da. *Op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 158 *apud* FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 33.

Segundo Bruno Lewicki, esse embate entre as teorias monista e pluralista não representa uma disputa apenas teórica e nem se restringe ao campo técnico, antes traduzindo, tanto uma, quanto outra, escolhas que não respeitam os valores expressos na Constituição.¹⁶⁸

Ao reduzir a proteção da pessoa humana àqueles aspectos da personalidade considerados como conteúdo específico de um direito subjetivo, “perde de vista o valor unitário da pessoa humana e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico que a tutela”.¹⁶⁹

Na realidade, em se tratando de direitos da personalidade, o objeto da tutela é a pessoa, que constitui, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica. Seguindo essa linha de raciocínio, Maria Celina Bodin de Moraes constata:

A personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade, parenta, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante.¹⁷⁰

Dessa forma, a personalidade, em todos os seus aspectos e desdobramentos, encontra sua garantia no princípio da dignidade da pessoa humana, que está no ápice do ordenamento jurídico e funciona como o valor reunificador da personalidade a ser tutelada.¹⁷¹ Os efeitos desse princípio se irradiam pelas normas infranconstitucionais, as quais serão aplicadas sob a sua égide.

Diante de tal constatação, Gustavo Tepedino explica que as discussões que pretendem separar os direitos da personalidade dos direitos humanos perdem o sentido:

A tutela da personalidade [...] não se pode conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada que superere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana.¹⁷²

Assim, embora os direitos da personalidade estejam previstos no Código Civil e na Constituição, ou seja, em documentos de diferente hierarquia legal, na sua interpretação e

¹⁶⁸ LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74.

¹⁶⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: AJURIS, v. 56, 1992, p. 98-99 *apud* LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 67-69.

¹⁷⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118.

¹⁷¹ *Idem*, p. 127.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50.

aplicação deve-se buscar a proteção integral da pessoa humana, cuja dignidade estabelece sempre os limites intransponíveis para além dos quais haverá ilicitude.

Os direitos da personalidade compreendem, portanto, um núcleo mínimo assegurador da dignidade da pessoa humana, pois não se pode imaginar, por exemplo, um indivíduo sem direito à sua imagem, sem direito à sua reserva pessoal e sem o direito ao nome.

Os direitos à intimidade e à privacidade, como direitos da personalidade que são, devem ser sempre analisados sob o enfoque da dignidade da pessoa humana. Segundo Perez Luño, a intimidade deve ser considerada, no atual sistema de direitos fundamentais, como expressão do valor da dignidade humana.¹⁷³

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁴ esclarece que, ao contrário do que possa parecer, a elevação da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade ao posto máximo do ordenamento jurídico constituem opção oposta à do individualismo das codificações.

Bruno Lewicki, citando Teresa Negreiros, explica que a distinção entre as categorias de indivíduo e pessoa sugere a inoperância, diante do atual quadro civil-constitucional, da oposição entre interesse privado e interesse público nos termos estanques em que são tradicionalmente concebidos, posto que a pessoa humana funde, em si, ambas as dimensões pública e privada da atuação do ser humano.¹⁷⁵

3.4 Direitos à intimidade e à privacidade ou vida privada: tentativa de uma definição e diferenciação

Apesar da crítica à rígida separação entre os interesses tutelados pelo direito público e pelo direito privado, é necessário salientar que uma parte da doutrina ainda a considera relevante. A distinção clássica feita pelos juristas entre vida pública e vida privada, pode ser assim sintetizada nas palavras de Carnelluti, citado por Fernandes:

Público deriva provavelmente de povo; o vocábulo alude ainda à reunião de pessoas.
Privado, ao contrário de público, exprime ao invés a idéia de separação; privado é o

¹⁷³ PEREZ-LUÑO, Antonio-Henrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 317 *apud* PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 113.

¹⁷⁴ BODIN DE MORES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 177.

¹⁷⁵ NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 218 *apud* LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 79.

homem enquanto se separa dos outros; privar quer dizer exatamente separar alguma coisa de alguém.¹⁷⁶

Na verdade, é muito difícil estabelecer onde termina a vida privada e começa a pública, pois há a possibilidade de intersecções entre as esferas pública e privada e de matizes entre os seus limites.

Uma dessas intersecções diz respeito aos direitos da personalidade que, na realidade, são direitos fundamentais do homem, não havendo sentido em apresentá-los em categorias estanques – direitos da personalidade como instituto do direito privado e direitos fundamentais como de interesse exclusivo do Direito Público, conforme explicação *supra* de Gustavo Tepedino e Bruno Lewicki. A tendência de constitucionalização dos diversos ramos do Direito, inclusive do Direito Civil, demonstra que as relações privadas devem ser permeadas pelos princípios esculpidos na Constituição, incluindo as normas de direitos fundamentais que têm estrutura principiológica.

No que se refere especificamente aos direitos à intimidade e à privacidade, pode-se dizer que o público é o que está visível, o que é de conhecimento de todos, contrapondo-se àquilo que é privado, uma vez que apresenta oposição ao secreto, ao segredo, enquanto o privado é “o que pertence à ordem do que não se mostra em público, do que não se informa a todos nem deve ou precisa ser transparente, por dizer respeito às exigências vitais de cada indivíduo, impostas pela necessidade de sobrevivência.”¹⁷⁷

Não é fácil apresentar uma definição para os direitos à intimidade e à privacidade porque, além de apresentarem conteúdos que ora se confundem, ora se diferenciam, as inúmeras denominações dadas aos institutos servem para dificultar ainda mais a busca de uma noção clara para eles.

As variáveis de tempo e lugar também são primordiais para a definição desses direitos e de seus conteúdos, em virtude da evolução das sociedades e das diferentes culturas. Aliás, a aprovação ou censura dos atos humanos estão sempre atreladas aos valores de cada sociedade, em determinada época e local.

E, ademais, o próprio indivíduo possui um papel determinante na hora de estabelecer o âmbito de sua intimidade, que deverá ser respeitado pelos demais.

¹⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto alla vita privata* In: Scritti Giuridici in Memória di Piero Calamandrei, v. I, p. 140-141 *apud* FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: RT, p. 141 *apud* RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na *internet* – uma primeira reflexão. Revista de Direito do Consumidor, n. 41, jan/mar 2002, p.156.

De qualquer maneira, é importante explicitar que, não obstante as dificuldades e variantes de conceituação e da definição dos conteúdos dos direitos à intimidade e à privacidade, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, adota-se, nessa dissertação, o posicionamento segundo o qual o âmbito de proteção desses direitos é distinto, sendo o do segundo mais amplo que o do primeiro.

Assim, prefere-se adotar os dois direitos como objeto de análise, de modo a não correr o risco de deixar de fora desse estudo nenhum aspecto da intimidade e da privacidade do empregado, em face da utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho para seu controle e fiscalização pelo empregador.

É importante explicar que um dos maiores motivos da confusão entre os conceitos e os conteúdos dos direitos à intimidade e à privacidade deve-se à pouca técnica da legislação e da doutrina, na utilização das nomenclaturas para designar tais direitos.

De fato, o direito anglo-americano os denomina como *right of privacy*, *right to privacy*, *the right to be alone*, *private life*, e, às vezes, *intimacy*; o francês de *droit à la vie privée*; o italiano de *diritto alla riservatezza*, *alla segretezza*, *intimità* ou *riserbo*, enquanto o espanhol de *derecho a la esfera secreta de la propia personalidad personal*, *vida privada*, *intimidad personal*, *esfera reservada de la vida* ou *privacidad*. Na Alemanha são empregadas as expressões *privatsphäre* (esfera privada), *intimsphäre* (esfera íntima) e *geheimnisphäre* (esfera secreta). Em Portugal, são utilizadas as expressões “proteção à intimidade da vida privada” e “direito à zona de intimidade da esfera privada”. E o direito brasileiro traz as expressões direito à intimidade, à vida privada, à privacidade, ao resguardo, ao recato e direito de estar só.

Para tentar esclarecer a celeuma em torno dessas expressões no Brasil, faz-se necessário tecer algumas considerações.

Inicialmente, em relação ao termo “privacidade”, observa-se que, embora muitos autores o utilizem, outros rechaçam contundentemente a sua utilização, por se tratar de um neologismo derivado da tradução de *privacy*, importado do sistema jurídico norte-americano. Na realidade, a *privacy*, desde os tempos de Warren e Brandei, quando configurava-se tão somente como o direito de defesa contra intromissões alheias, veio experimentando uma constante ampliação em seu âmbito e alcance, típica da evolução de interpretação dos institutos no sistema do *common law*.

A *privacy* foi traduzida, para o português, ora como intimidade, ora por vida privada e, ainda, por privacidade. Entretanto, como observa Marcelo Cardoso Pereira, o sentido dado pela doutrina e jurisprudência norte-americanas é deveras extenso para que se possa adequá-lo

à noção de intimidade. A *privacy*, assim, abrangeria a intimidade, em sua acepção estrita, mas não se restringiria a ela.¹⁷⁸

Segundo o autor, o âmbito da vida privada, por sua vez, coincide, em grande medida, com a noção de *privacy*, de forma que as noções de vida privada e *privacy*, se não são equivalentes, aproximam-se muito desse *status*. Tanto que, na normativa internacional, a expressão escolhida para corresponder à *privacy* foi a de “vida privada”, buscando-se a proteção em âmbito mais extenso do que a intimidade em sentido estrito.¹⁷⁹

Pereira menciona que a privacidade¹⁸⁰ parece ter sido o termo escolhido para a tradução da palavra *privacy*, não obstante se dêem à palavra privacidade inúmeros significados. Dessa forma, por ser a *privacy* expressão que diz respeito à conteúdo complexo e amplo alcance, englobando a intimidade, casos de proteção à liberdade sexual e pessoal e de tutela aos dados pessoais frente aos avanços da informática, o melhor é aceitar o termo “privacidade” para referir-se à *privacy*, dotando aquele de um amplo significado, de modo a aproximá-lo do fiel significado da expressão estadunidense.¹⁸¹

Realmente, o uso do termo “privacidade” representa, hoje, uma tendência crescente, a representar um âmbito mais amplo de proteção aos direitos da personalidade que resguardam de interferências externas, os fatos da intimidade e da reserva da pessoa e, também, de sua vida privada.

As palavras “sigilo” e “segredo” são mais associadas à inviolabilidade de comunicações pessoais, enquanto “recato” remete à idéia de pudor e “reserva” é termo muito impreciso, com significados muito diferentes entre si, sendo pouco utilizado para a preservação de aspectos íntimos do ser humano.¹⁸²

Dessa forma, nessa dissertação serão adotados os termos “privacidade” e “vida privada”¹⁸³ como sinônimos, querendo se referir a um âmbito de proteção mais amplo da pessoa, e “intimidade” quando se tratar de um âmbito mais restrito, de uma esfera menor da vida do indivíduo. Tais termos são, inclusive, de uso mais consagrado, o que se observa pela opção do constituinte de 1988 ao estabelecer, no art. 5º, inc. X, intimidade e vida privada.

¹⁷⁸ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 119-120.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 120-122.

¹⁸⁰ A privacidade é um anglicismo na língua brasileira, talvez da década de 1970. Cf. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 230.

¹⁸¹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 124-125.

¹⁸² LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁸³ Bruno Lewicki critica o uso do termo vida privada no sentido de privacidade, por suscitar uma imediata contraposição à vida pública, como se as pessoas pudessem levar duas vidas completamente apartadas, protegidas uma pelo direito privado, outra pela direito público. Cf. LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 30-31.

No que tange à definição dos institutos pela doutrina, a confusão não deixa de ser maior do que o que ocorre com o uso dos termos, até mesmo pela ausência de um conceito legal para os direitos à intimidade e à vida privada.

Para Pontes de Miranda, o direito à intimidade pode ser conceituado como aquele que visa resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos olhos de outrem.¹⁸⁴

Edson Ferreira da Silva entende que o direito à intimidade:

deve compreender o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada, (*sic*) que segundo um sentimento comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva.¹⁸⁵

Adriano de Cupis define o direito à intimidade como:

[...] protetor de um modo de ser pessoal, que exclui os outros do conhecimento da esfera mais intensa e pessoal do indivíduo. Essa exclusão de conhecimento obedece à necessidade de afastamento da vida íntima do universo da comunicação.¹⁸⁶

Bajo Fernández, citado por Marcelo Cardoso Pereira, entende a intimidade como uma esfera em que o indivíduo pode desenvolver-se como ser humano, livre de ataques e ingerências exteriores, ou seja, vincula a intimidade a um âmbito pessoal no qual há possibilidade de que o indivíduo desenvolva e fomente sua personalidade.¹⁸⁷

J. Matos Pereira define a privacidade como “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.¹⁸⁸

Para alguns autores, o direito à intimidade e à vida privada são direitos sinônimos, com conteúdos que se confundem.

Nesse sentido, Milton Fernandes entende que a vida privada é o direito de excluir razoavelmente da informação alheia idéias, fatos e dados pertinentes ao sujeito. Este poder jurídico atribuído à pessoa consiste, em síntese, em opor-se à divulgação de sua vida privada e

¹⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. VIII, p. 124 *apud* BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁸⁶ DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, p. 283.

¹⁸⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Protección del honor y de la intimidad. VV.AA. In: Comentarios a la legislación penal, Derecho Penal y Constitución. Madrid: Edersa, Tomo I, 1982, p. 100-101 *apud* PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 113.

¹⁸⁸ PEREIRA, J. Matos *apud* SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 201-202.

a uma investigação desta e corresponde ao dever de todas as outras pessoas de não divulgar a intimidade alheia e de não imiscuir-se nela.¹⁸⁹

José Afonso da Silva, embora considere que o art. 5º, inc. X, da CF/88 diferenciou o direito à intimidade do direito à vida privada, entende que a terminologia é imprecisa, preferindo usar a expressão “direito à privacidade, num sentido amplo e genérico, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o Texto Constitucional em exame consagrou.”¹⁹⁰

Bittar posiciona-se no sentido de que o direito à intimidade visa a resguardar a vida privada das pessoas frente às ingerências alheias, sendo o direito à privacidade uma de suas manifestações.¹⁹¹

José Cretella Júnior, ao comentar o dispositivo constitucional mencionado, afirma que a intimidade é o *status* ou situação daquilo que é íntimo, isolado. Há um direito ou liberdade de estar só, de não ser importunado, devassado. Para o autor, o constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes diferentes, quando a intimidade do cidadão seria a sua vida privada no recesso do lar.¹⁹²

Adotando posição contrária, defendendo a distinção entre a definição de intimidade e vida privada, René Ariel Dotti acredita que a intimidade seria um círculo concêntrico e de menor raio que o da vida privada; sem embargo, somente a jurisprudência pode situar onde se encontra a fronteira.¹⁹³

Na mesma linha é a visão de Elimar Szaniawski, para o qual a Constituição, ao incluir em seu texto a proteção dos direitos à intimidade e à vida privada, como dois institutos ou tipificações distintas, trouxe dois conceitos diversos, como já entendia a melhor doutrina, com extensões de tutela diversas, permitindo-se a mais ampla proteção do indivíduo, diante de qualquer espécie de atentado.¹⁹⁴

Nessa esteira, Sônia Aguiar do Amaral Vieira aduz que a distinção entre os conceitos de intimidade e de vida privada não tem um caráter meramente didático como pode parecer, mas significa que, sendo violados aqueles direitos, a tutela jurisdicional a ser prestada será diferente num caso ou noutro. A autora argumenta que:

¹⁸⁹ FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, p. 99.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 188.

¹⁹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 632.

¹⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1, p. 257.

¹⁹³ DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 68.

¹⁹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 43.

Na vida privada, cujo conteúdo tem caráter menos reservado, a agressão àquele direito demanda do ordenamento jurídico sanção menos severa. O mesmo não ocorre com a intimidade, cuja violação de seu conteúdo, por atingir o mais recôndito do ser humano, faz com que a agressão sofrida seja muito mais séria, a exigir, por conseguinte, maior rigor legal.¹⁹⁵

Tentando estabelecer um limite entre intimidade e vida privada, Marcelo Cardoso Pereira diz que a intimidade abrange “um âmbito mais limitado, ligado, ao menos em sua acepção mais estrita, ao interior, à zona espiritual da pessoa” e a vida privada seria “tudo o que não pertença a esse âmbito íntimo, mas que, por sua vez, não transpassasse à esfera pública”.¹⁹⁶

Como se pode observar pelos autores *supra* mencionados, uma parte deles adota o entendimento de que, embora a intimidade e vida privada possam ter, em abstrato, conceitos distintos, operacionalmente não revelam desigualdade significativa, podendo-se usar ambos os termos indistintamente para designar o mesmo recorte jurídico.

José Adércio Leite Sampaio, entretanto, não concorda com essa visão, entendendo necessária a radical distinção das expressões intimidade e vida privada, tanto em razão de sua matriz etimológica, quanto pelo fato do constituinte ter intencionado fazer uma distinção entre ambas ao elencá-las através de palavras diversas, posição a qual se adota nessa dissertação.¹⁹⁷

Para conseguir distinguir os direitos à intimidade e à vida privada, através de seus conteúdos, o autor elabora uma base metodológica para estabelecer as dimensões desses direitos. Segundo Sampaio, tais direitos apresentam uma estrutura que se subsume na “estrutura-formal de um direito fundamental” e “por envolverem temas de que dimanam aspectos pessoais e culturais, intimamente ligados à evolução tecnológica, devem ser concebidos de forma aberta, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar a constante evolução.”¹⁹⁸

O autor, em seguida, explica que o conceito tradicional de “estar só” não expressa o sentido exato do “direito à intimidade e à vida privada”. Esse direito se apresenta como “direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas.”¹⁹⁹

¹⁹⁵ VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Inviolabilidade da vida privada e intimidade pelos meios eletrônicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 26.

¹⁹⁶ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 114-115.

¹⁹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 273.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 262.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 263.

Continua Sampaio, explicando que o direito à liberdade empregado nesse conceito tem duplo sentido, de não-intromissão e de autonomia (direito de escolha), e que ambos estão interligados. A não-intromissão define um espaço individual de exclusão, em princípio do público e a seguir do social, e permite a concretização de um sentido afirmativo da personalidade na decisão das ações. A autonomia está ligada à liberdade de ação, de não-impedimento; porém, decidir não se resume em fazer ou deixar de fazer mas, também, em decidir fazer ou não.²⁰⁰

A liberdade é o próprio bem protegido, é o objeto desse direito. O suporte fático da liberdade revela-se na propriedade de um fazer ou não fazer permitido ou não proibido juridicamente, com referencial ao princípio do direito à liberdade e ao da dignidade da pessoa humana e suas manifestações concretas, tais como a manifestação do pensamento, inviolabilidade da intimidade e da vida privada, honra e imagem, entre outras.

Associando o conceito de liberdade com o conteúdo dos princípios que envolvem o direito à intimidade e a vida privada, conclui-se que se trata de uma liberdade de não intromissão e de autonomia, concernente a aspectos da intimidade e da vida privada.

Segundo Sampaio:

Em gênero, o objeto é a 'liberdade da intimidade e da vida privada'; e o direito, 'direito à liberdade da intimidade e da vida privada', sob o manto constitucional da 'inviolabilidade'(art. 5º, X, CRFB). É matriz da liberdade geral e, por seu turno, princípio-forma que deve ser associado ao princípio da inviolabilidade da pessoa e outros ainda mais concretos, de modo a chegarmos à sua concepção formal-material, substancial, inteira.²⁰¹

Cabe ressaltar que, embora seja difícil estabelecer uma definição para os direitos à intimidade e à privacidade ou vida privada, o conteúdo desses direitos não é impreciso, mas, sim, determinável em certo tempo e lugar, embora sempre sujeito a novas interpretações, acréscimos e reduções.

Sampaio entende que a vida privada desafia uma compreensão mais ampla, dizendo respeito à liberdade sexual e à vida familiar, à intimidade e a outros atributos da personalidade, como o direito de morrer ou organizar a própria morte e a liberdade de domicílio. Já a intimidade, como um dos aspectos daquela, se refere tanto ao controle de informações pessoais, englobando da coleta ao uso, a fim de se comunicar, bem como ao recolhimento, ao recato e à solidão.²⁰²

²⁰⁰ *Idem*, p. 264.

²⁰¹ *Idem*, p. 267.

²⁰² *Idem*, p. 277 e 363.

A idéia de um âmbito mais amplo da vida privada ou privacidade e de um círculo mais restrito no que tange à intimidade é derivada, em grande parte, da influência, na doutrina nacional, da Teoria Alemã das Esferas ou Teoria dos Círculos Concêntricos, que buscava demonstrar a existência de pólos distintos que envolvem o homem, apresentando-se ora como ser individual, ora como ser social.

O homem, enquanto integrante de um corpo social, sente necessidade, em certas situações, de preservar determinados acontecimentos inerentes à sua vida, à sua tranqüilidade de espírito e à sua paz interior, tornando-os alheios à coletividade. Esses episódios, fatos ou processos que se quer preservar passam a fazer parte da esfera privada (*privatsphäre*) da sua vida.²⁰³ Nesse âmbito estariam inseridos os atos, notícias e manifestações de comportamento ou acontecimentos que o indivíduo não deseja que se tornem de domínio público. O que está além da esfera privada, encontra-se ao alcance da coletividade.

Alguns episódios ou fatos da vida do homem fazem com que este não somente queira vê-los longe da publicidade mas, mais que isso, restritos àquelas pessoas que gozam de sua confiança. Esses fatos, para a teoria alemã, enquadram-se na esfera da intimidade (*vertrauenssphäre*), que se trata de círculo concêntrico menor, contido na esfera privada. Assim, para os alemães, a intimidade seria uma parte mais reservada da vida privada, estando, conseqüentemente, contida no seu universo.

São exemplos dessa relação de confiança, que caracteriza a esfera da intimidade, as manifestações entre médico e cliente, ou as manifestações contidas nas correspondências epistolares.

Há, ainda, a esfera da reserva (*vertraulichkeitssphäre*) encontrada inserida na esfera da intimidade, e que seria aquela que contém tudo o que for identificado como confidencial, não devendo, pois, ser divulgado, estando incluídos todos os assuntos que carecessem de uma proteção especial contra a indiscrição.²⁰⁴

Por fim, a esfera do segredo (*geheimsphäre*) compreende a parcela da vida íntima que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual partilham, quando muito, pouquíssimos amigos.²⁰⁵ Nesse universo estariam todos os fatos ou acontecimentos que apresentam caráter absolutamente reservado, sendo o círculo de menor raio, conforme a teoria alemã.

²⁰³ AIETA, Vânia Siciliano. A garantia da intimidade como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 102.

²⁰⁴ *Idem*, p. 104.

²⁰⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.37.

Bruno Lewicki apresenta uma crítica à teoria alemã das esferas, argumentando que a noção de esfera privada se assemelha à compreensão pré-constitucional do direito de propriedade, que nele vislumbrava a expressão plena de poder do senhor sobre o bem, tendo até uma certa demarcação de espaço livre para as suas atividades. Segundo o autor, no atual cenário não se pode mais considerar nenhum direito subjetivo como um poder atribuído à vontade do indivíduo para a realização do seu exclusivo interesse, mas seu exercício deve estar em consonância com os fundamentos e princípios estabelecidos na Norma Fundamental.²⁰⁶

Para Lewicki, se nem a propriedade, com a Constituição de 1988, se apraz mais com o individualismo exarcebado, com muito menos razão a privacidade, como cláusula geral da tutela da pessoa humana, pode adotar esse caminho. A idéia da privacidade como o direito de estar sozinho transformou-se com o tempo, pois a própria Constituição trata o indivíduo como ser aberto à vida social e de relações.²⁰⁷

A atual sociedade democrática não pode ser concebida como a simples soma de esferas privadas, pois é absurdamente mais complexa, levando as pessoas a se comunicarem com outras de um modo não fixo, mas em constante movimento.²⁰⁸ Às vezes, confia-se com mais facilidade em anônimos do que em conhecidos. Assim, a concentricidade das esferas se subverteria.

Embora entenda-se correta a visão de Lewicki no sentido de que toda e qualquer ameaça à privacidade do homem deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário, pela necessidade de se proteger integralmente a pessoa humana, e que a situação de afronta ao direito de privacidade só pode ser averiguada no caso concreto, acredita-se que a teoria das esferas tem uma vantagem didática para a compreensão do âmbito mais amplo da privacidade e do âmbito mais restrito da intimidade. Essa, aliás, vem sendo a linha de entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.²⁰⁹

Dessa forma, adota-se o posicionamento, nessa dissertação, seguindo uma parte considerável da doutrina, de que o âmbito de proteção da vida privada é mais amplo e engloba tudo o que não se quer que seja de conhecimento geral, inclusive a esfera da intimidade, de âmbito mais restrito.

Assim, por exemplo, a convivência que um determinado indivíduo leva junto a sua família, com os companheiros de trabalho, com os amigos mais próximos, pertenceria ao

²⁰⁶ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 82-83.

²⁰⁷ *Idem*, p. 84-85.

²⁰⁸ *Idem*, p. 86-87.

²⁰⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 117.

âmbito de sua vida privada, enquanto o núcleo mais intenso e íntimo dessas relações configuraria a intimidade pessoal e familiar, segundo o caso concreto.²¹⁰

Marcelo Cardoso Pereira faz uma interessante observação no sentido de que somente a própria pessoa, pelo seu comportamento, é que determinará a extensão do âmbito de sua vida privada e de sua intimidade. O autor, entretanto, pondera que, no caso da primeira, essa afirmação não é tão absoluta, posto que a vida privada manifesta-se para o exterior, estando mais exposta e condicionada a regras de convivência social, tais como fatores culturais e econômicos, enquanto a intimidade se manifesta no sentido do interior do indivíduo.²¹¹

No que tange ao conteúdo dos direitos à privacidade e à intimidade, existem algumas sistematizações interessantes que ajudam a aferi-lo. A doutrina que busca uma definição para os direitos à intimidade e à privacidade, com base em uma formulação taxonômica, é denominada de pluralista, em oposição à corrente unitária, que visa definir o direito à intimidade mediante um só conceito, ainda que este seja relativo.

Em 1960, Willian Prosser propôs uma sistematização do conceito da *privacy* (privacidade), que até então só havia se desenvolvido nos EUA através de casos concretos, representando quatro situações diferentes: a intromissão na solidão da vida privada de uma pessoa ou em seus assuntos privados, por meio de uma conduta ofensiva ou molesta; a divulgação de fatos pertencentes ao círculo íntimo das pessoas, incluindo-se o direito ao esquecimento dos fatos que, embora verdadeiros, devido à passagem do tempo ou mudança na vida das pessoas já haviam deixado de ser conhecidos; a publicidade de circunstâncias pessoais íntimas revestidas de falsa aparência que poderiam desprestigiar a pessoa perante a opinião pública; e a apropriação, em benefício próprio, do nome ou da imagem de outra pessoa.²¹²

Em uma tentativa de delimitar o conteúdo do direito à intimidade, a Conferência Nórdica, realizada em Estocolmo em maio de 1967, alinhou, no documento resultante do encontro, cinco ofensas ao direito à intimidade: 1- a penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se, no caso, o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; 2- a gravação de conversas e tomadas de cenas cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas e penosas à sua moral; 3- a audição de conversas privadas por interferências mecânicas de telefone e

²¹⁰ *Idem*, p. 115.

²¹¹ *Idem*, p. 115-116.

²¹² PROSSER, Willian L. Privacy, California Law review, v. XLVIII, n. 48, University of California. California: Berkeley, 1960, p. 383-423 *apud* LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. Revista de Direito constitucional e internacional, v. 8, n. 33, out./dez. 2000, p. 113.

microfilmes, dissimulados deliberadamente; 4- exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de falas ou crítica da vida das pessoas; 5- utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografias ou gravações obtidas subrepticiamente nas formas precedentes.²¹³

Bittar explica que, no campo do direito à intimidade, são protegidos, dentre outros, os seguintes bens:

Confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais); recordações pessoais; memórias; diários; relações familiares; lembranças de família; sepultura; vida amorosa, ou conjugal; saúde (física e mental); afeições, entretenimentos; costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno círculo de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública.²¹⁴

A doutrina, em linhas gerais, trata do direito à intimidade e à privacidade com o seguinte conteúdo: o direito à autonomia pessoal; o direito de ser deixado a sós; o direito a uma vida privada; o direito ao controle de sua informação pessoal; o direito de limitar o acesso às informações pessoais; o direito de controle exclusivo de seus domínios privados; o direito de minimizar intromissões; o direito de exigir confidencialidade; o direito de usufruir da solidão, da intimidade, do anonimato, da reserva e do segredo. Esse conteúdo não é, nem pode ser *numerus clausus*, tendo em vista as constantes mudanças sociais que exigem novas dimensões a serem tuteladas, no que se refere à privacidade e à intimidade das pessoas.

Nessa linha de raciocínio, a concepção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade como corolários do isolamento individual não mais alcança as inovações trazidas a lume pelo progresso tecnológico, sobretudo a partir da tutela requerida por esses direitos diante da intensa movimentação de informações pessoais na rede *internet*, seja por parte do Estado, seja de setores empresariais ou, até mesmo, de particulares.

O controle da captação, do armazenamento e da utilização de dados, imagens, voz e informações pessoais torna-se imperativo, sendo essa a função primordial que os direitos à intimidade e à privacidade têm a desempenhar frente às novas tecnologias, que contribuem para o estreitamento crescente da esfera privada dos indivíduos, por meio de câmeras de vídeo, gravadores de voz, detectores de metais e de mentiras, aparelhos de interceptação telefônica e redes de computadores, entre outros aparatos.

²¹³ FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 47.

²¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 274.

Realmente, nos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade pode-se visualizar duplo aspecto, posto que evoluíram de um aspecto meramente negativo – de o indivíduo não ser incomodado por intromissões dos Poderes públicos ou de particulares – a um aspecto também positivo, como um direito de o indivíduo exercer um controle sobre o que deve ou não ser conhecido, por parte dos demais, sobre determinados aspectos da sua personalidade.

215

No âmbito da informática, os direitos à intimidade e à privacidade se caracterizam tanto pelo caráter negativo ou defensivo, de resguardo geral de informações pessoais, quanto pelo lado positivo, de acesso e possibilidade de controle pessoal desse fluxo de dados, opondo-se à instrumentalização do seu conhecimento mediante sua ilegítima captura e divulgação.²¹⁶

É de suma importância ressaltar que existe uma parte da doutrina que defende a criação de um novo direito fundamental que proteja os dados das pessoas, face às inovações tecnológicas, por meio de sua utilização indevida, tanto pelo Estado, quanto por particulares.²¹⁷ Esse novo direito é denominado de direito de “autoderminação informática” ou de “liberdade informática” ou, ainda, de “intimidade informática”, independente do direito à intimidade.²¹⁸

Não obstante, a posição ora mencionada não se coaduna com o entendimento que se adota nessa dissertação de que os direitos à intimidade e à privacidade são direitos que se encontram positivados, diretamente e não mais somente por via oblíqua, no ordenamento jurídico brasileiro, seja na Constituição, por meio de normas principiológicas, seja por leis infraconstitucionais, e cuja leitura e aplicação deverá ser feita através da técnica de hermenêutica denominada interpretação evolutiva, segundo a qual as normas devem ser interpretadas em conformidade com as mudanças ocorridas no meio social, com a evolução da sociedade.

Dessa forma, se as inovações na seara da informática fazem com que os dados pessoais dos seres humanos sejam obtidos, utilizados, manipulados e divulgados de maneira a

²¹⁵ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 127.

²¹⁶ Marcelo Cardoso Pereira alerta também para a possibilidade de que certas informações, as quais isoladamente consideradas não revelam aspectos relativos ao âmbito íntimo das pessoas, uma vez relacionadas com outras por meio de um processo informático, possam chegar a elaborar um perfil pessoal que viole a intimidade dos sujeitos. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 145.

²¹⁷ Entre eles, Marcelo Cardoso Pereira, que apresenta como argumentos a insuficiência dos instrumentos da tutela jurídica do clássico direito à intimidade para a proteção dos indivíduos frente aos avanços tecnológicos e a particularidade do bem jurídico protegido pela concepção clássica do direito à intimidade, que não corresponderia com o bem jurídico protegido por esse direito. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso, *Op. cit.*, p. 150.

²¹⁸ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 145.

atentar contra a intimidade e a privacidade dos indivíduos, tal fato deve ser analisado como consequência das mudanças tecnológicas que atuam na sociedade, especificamente nos âmbitos íntimo e privado dos seres humanos.

Assim, essa nova necessidade de proteção de dados das pessoas na *internet* nada mais é do que um novo e atual aspecto dos direitos à intimidade e à privacidade, cuja abrangência e conteúdo, como já se repisou nesse trabalho, está continuamente se alterando, em virtude das transformações sociais de cada época e lugar, não havendo sentido nem cabimento em se falar na criação de novos direitos para cada mudança ocorrida na sociedade²¹⁹. Em suma, o bem jurídico protegido segue sendo o mesmo, qual seja, a intimidade e a privacidade.

É necessário lembrar, ainda, que há algumas limitações naturais aos direitos à intimidade e à privacidade, casos em que será legítimo desvelar a vida privada de uma pessoa, em decorrência das necessidades impostas tanto pelo Estado quanto pelas esferas pessoais dos demais cidadãos.

As hipóteses mais comuns de limitações aos direitos à intimidade e à privacidade de uma pessoa são: o interesse público, que poderá reduzir, mas não eliminar totalmente, a intimidade de alguém, em caso de real necessidade; o direito de informação (de informar e ser informado), que não pode ser confundido com a curiosidade ilimitada e livre de propósitos; a notoriedade de certas personalidades que, pela profissão ou forma de agir ou pensar, têm sua esfera de privacidade reduzida; e o consentimento do titular do direito à intimidade, que temporariamente opta por não exercê-lo, devendo ser manifestado visando fim específico.

Obviamente deverá ser analisado, em cada caso concreto, até que ponto é viável expor fatos da intimidade de uma pessoa em nome do interesse público ou do direito à informação em benefício da coletividade, averiguando-se se realmente há interesse público naquela informação e se esse não pode ser satisfeito por outra forma, evitando-se sacrificar indevidamente o indivíduo.

Para algumas pessoas, como artistas, desportistas ou políticos, é até importante que sejam alvo de curiosidade pública, o que os tornam populares e dignos de prestígio e notoriedade. Entende-se que, nesse caso, há redução espontânea dos limites de sua privacidade. Entretanto, por mais famoso ou célebre que seja um homem e por menor que seja a esfera da sua vida privada, algum espaço deverá ser destinado à preservação dos momentos de sua intimidade.

²¹⁹ Também adota essa posição o jurista espanhol Carlos Ruiz Miguel. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1995, p. 94-95 *apud* PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Op. cit.*, p. 149.

No caso de consentimento do titular do direito, Paulo José da Costa Júnior²²⁰ entende que se trata de hipótese excludente do delito de indiscrição e que a pessoa que o receber não poderá revelar dados além do que lhe foi consentido e nem em momento posterior, quando já não mais estiver sendo autorizada a sua divulgação. O consentimento deve ser dado por todos os envolvidos na situação e pode ser tácito, quando sua manifestação for compatível com uma postura de simples tolerância ou anuência. Já para outros autores, como Milton Fernandes²²¹, esse consentimento deverá ser sempre expresso, mesmo quando a pessoa tiver o âmbito de sua vida privada reduzido, por ser uma personalidade famosa ou popular.

As diversas possibilidades de limitação dos direitos à intimidade e à privacidade e outros princípios constitucionais constam do art. 5º, incs. XIV, XXXIII, XXXIV, LVI, LX, LXXII, e do art. 37 da Constituição Federal.²²²

3.5 Dimensões dos direitos à intimidade e à privacidade

A presente dissertação não pretende esgotar os inúmeros casos em que a intimidade e a privacidade, nas suas diferentes dimensões, são objeto de garantia no Direito pátrio. Não obstante, buscar-se-á apresentar rapidamente algumas das especificações concretas dos direitos à intimidade e à privacidade, como a inviolabilidade de domicílio, de correspondência e dos meios de comunicação telefônica, telegráfica e de dados.

²²⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 47-48.

²²¹ FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, p. 117.

²²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Site* da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 out. 2008.

Art. 5º, inciso XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; inciso XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; inciso XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal; inciso LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; inciso LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; inciso LXXII – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

O art. 5º, inc. XI, da Constituição de 1988, assim dispõe: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Cumpra observar que a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, estando sujeito às limitações constitucionais expressamente consignadas.

A doutrina mais atual tem incluído o isolamento doméstico e a inviolabilidade de domicílio como partes integrantes do direito à intimidade, como uma forma indireta de tutela desse direito.²²³

De acordo com José Afonso da Silva, a Constituição está reconhecendo que o homem “tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”.²²⁴

Milton Fernandes entende que a proteção particular do domicílio corresponde, ainda, à “proibição do conhecimento de dados pertencentes à vida pessoal, sem a anuência dos que o habitam, bem como a divulgação, por qualquer processo, dos elementos obtidos em desacordo com o mesmo consentimento.”²²⁵

O conceito de casa adotado pela Constituição é interpretado de forma bastante ampla, englobando não somente a residência, mas também qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, em pensões, hotéis, casas de pousada ou dependências de casas, sendo cercadas, gradeadas ou muradas.

Dessa forma, seriam também invioláveis, segundo Michele Keiko Mori, os estabelecimentos de trabalho, fábricas, oficinas e escritórios, desde que não abertos ao público.²²⁶

Por sua vez, o sigilo das correspondências e das comunicações é assegurado pelo art. 5º, inc. XII, da CF/88, que dispõe: “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação processual ou instrução processual penal”.

A inviolabilidade da correspondência e das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados se manifesta como tutela indireta dos direitos à intimidade e à privacidade.

²²³ MORI, Michele Keiko. *Op. cit.*, p. 38-39.

²²⁴ SILVA, José Afonso da *Op. cit.*, p. 203.

²²⁵ FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, p. 162.

²²⁶ MORI, Michele Keiko. *Op. cit.*, p. 39.

A salvaguarda da correspondência visa à proteção dos sentimentos mais íntimos da pessoas, ali retratados, bem assim seus desejos, intenções, amores e decepções, reveladores do universo pessoal de cada indivíduo, considerando o seu caráter subjetivo e confidencial, sendo imprescindível que a correspondência não se transforme em objeto da curiosidade e da má-fé de terceiros.²²⁷

José Adércio Leite Sampaio entende que a correspondência, em sentido genérico, “é toda forma de comunicação, de pessoa a pessoa, diversa da conversação”, estendendo-se a sua inviolabilidade às “comunicações em gênero”. A correspondência, em sentido estrito, seria “toda forma de cartas, postais e mesmo as encomendas que contenham um conteúdo impresso e realizem uma função comunicativa de uma parte (remetente) a outra (destinatária)”.²²⁸

Existe uma parte da doutrina, entretanto, que acredita que a correspondência se resumiria ao sentido estrito mencionado pelo autor *supra*, visto que o constituinte a diferenciou expressamente das outras formas de comunicação, como a telefônica, a telegráfica e a de dados.

Sampaio explica que, quando alguém mexe desautorizadamente na correspondência alheia, já comete um atentado à intimidade dessa pessoa, pouco importando “que estejam ali cartas de amor ou apelos de propaganda”:

A correspondência em si já é uma informação de âmbito reservado. Através dela se poderão vislumbrar os correspondentes da pessoa, seus interesses maiores, suas opiniões ou até suas preferências sexuais. Não se faz necessário, para tanto, como diz nosso Código Penal, que seja ‘devassada’, conhecido seu conteúdo. O simples escrito no invólucro ou o nome do remetente já nos podem antecipar o perfil do destinatário. [...] Em suma, a correspondência, em si mesma considerada, é informação da intimidade, que demanda amparo.²²⁹

O direito ao sigilo epistolar deve respeitar tanto o remetente quanto o destinatário, pois ambos são sujeitos da relação jurídica que se aperfeiçoa com a entrega da carta. Nem um, nem outro, nem tampouco uma terceira pessoa devem divulgar o conteúdo de uma carta sem o consentimento de ambos os sujeitos.

É importante frisar que, devido aos avanços tecnológicos, sobretudo no domínio da informática, a inviolabilidade de dados foi instituída pela Assembléia Constituinte de 1988, sendo uma inovação no Direito Constitucional brasileiro, já que em nenhuma das Constituições anteriores havia essa proteção.

²²⁷ DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, p. 148.

²²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 459.

²²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 459.

De acordo com Luciana Fregadolli:

[...] com o advento da revolução tecnológica, os “papéis” se transformaram em “dados” geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder.²³⁰

Essa inovação constitucional visa a proteger a intimidade contra a sua violação através da informática, que pode propiciar a devassa da vida privada através da manipulação indiscriminada dos dados pessoais, principalmente dos confidenciais, armazenados em sistemas de computadores.²³¹

Não é todo e qualquer dado pessoal, porém, que é alvo da proteção constitucional, só devendo ser protegidos os elementos que integram relações de convivência privada.

Danilo César Meganhoto Doneda, citado por Mori, explica de forma clara como os dados pessoais, manipulados através de computadores, podem violar a privacidade das pessoas:

A utilização de dados pessoais, em especial dos chamados dados “sensíveis” – histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros – em bancos de dados informatizados tornou possível a descoberta de aspectos relevantes da intimidade dos cidadãos. Esta possibilidade cresce muito mais quando são utilizados bancos de dados cruzados, ou seja, ao serem relacionadas informações de diversos bancos de dados. Tal uso pode ter como objetivo o controle social operado por um Estado [...], ou mesmo fornecer indicativos de um futuro comportamento para um comerciante ou para um provável empregador. É evidente que isto implica um atentado frontal à privacidade individual, possível sem que se usem microfones nem câmeras, apenas recolhendo as informações que todo cidadão costuma revelar nas mais diversas ocasiões [...].²³²

Existe divergência quanto à possibilidade de interceptação da correspondência e das comunicações de dados, telegráfica e telefônica, pois existe uma corrente que defende que o constituinte excepcionou todas as hipóteses de comunicações e outra que entende que a exceção foi feita somente no tocante às comunicações telefônicas.

De qualquer maneira, a interceptação só poderá ser feita através de ordem judicial e nas hipóteses que a lei infraconstitucional – no caso, a Lei n. 9296 de 1996 – estabelecer, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal.

²³⁰ FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 128.

²³¹ MORI, Michele Keiko. *Op. cit.*, p. 49.

²³² DONEDA, Danilo César Meganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118 *apud* MORI, Michele Keiko. *Op. cit.*, p. 49.

É necessário salientar que no âmbito da presente dissertação, interessa o estudo dos direitos à intimidade e à privacidade, em suas dimensões aqui explicitadas, especificamente no que tange ao empregado, no ambiente de trabalho, e em relação aos meios eletrônicos utilizados pelo empregador, fugindo, portanto, aos seus contornos enfocar os direitos à honra e à imagem.

A doutrina mais abalizada entende que os direitos à intimidade e à privacidade são manifestações distintas em relação aos direitos à honra e à imagem, até mesmo porque o texto constitucional (art. 5º, inc. X) os elenca separadamente, embora em várias situações concretas eles apareçam de forma conexas, a ponto de dificultar a sua diferenciação.

O direito à honra busca combater o inexato, o falso, o seja, as imputações inverídicas respeitantes às características pessoais ou ao caráter do cidadão, enquanto o direito à intimidade almeja preservar o que é verdadeiro, mas que, ainda assim, não carece de exposição pública, tendo em vista a vontade do indivíduo ao qual se vincula.²³³

O direito à imagem, por sua vez, incide sobre a forma plástica de uma pessoa e seus respectivos componentes distintivos (rosto, olhos, perfil, busto), ou seja, sobre a conformação física do indivíduo, que o identifica no seio da coletividade.²³⁴ A imagem captada pode trazer ou não prejuízo à intimidade da pessoa, caso ela se encontre ou não em um momento de resguardo pessoal. Mas, independentemente disso, a divulgação da imagem, sem motivo justo e relevante ao interesse público, poderá implicar na ofensa ao direito do cidadão de ver resguardada sua imagem, bem assim preservar o uso exclusivo dela.

3.6 Os direitos à intimidade e à privacidade na legislação infraconstitucional

O Código Civil de 1916, ao tratar das pessoas, não cuidava especificamente dos direitos da personalidade. Como observa Orlando Gomes, de fato o estado de espírito que norteou a elaboração do Código foi a “preocupação de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.”²³⁵

²³³ TEIXEIRA, Renato Patrício. *Op. cit.*, p. 72.

²³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1994, p. 262.

²³⁵ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. *AJURIS*, n. 9, 1977, p. 30 *apud* LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 58.

O Código Civil de 2002, ao contrário do diploma anterior, dedicou um capítulo aos direitos personalíssimos. Esse avanço normativo, entretanto, não impede que se reconheça algumas deficiências na regulamentação como, por exemplo, a inexistência de regra abrangente e de caráter geral que proteja os indivíduos contra qualquer ofensa à sua personalidade física ou moral²³⁶, bem como a maneira tímida e tipificadora com que foram regulados²³⁷.

Ademais, alguns autores criticam o fato de o Código de 2002 disciplinar direitos que já estão consagrados em nossa cultura jurídica, pelo menos desde a promulgação da Constituição de 1988.

A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, na mesma linha do Código Civil anterior, não se ocupou detidamente dos direitos da personalidade, com algumas poucas exceções, como a discreta referência à ofensa à honra e boa fama como hipótese de justa causa para rescisão do contrato de trabalho, no art. 482, alínea *j*, e no art. 483, alínea *e*, e a proibição de revistas íntimas prevista no art. 373-A, inciso IV, introduzido pela Lei n. 9.799/99.

Segundo os ensinamentos de Estêvão Mallet:

A lacuna, própria da época em que editada a CLT, decorre da visão reducionista do legislador, que tratou da relação de emprego como se nela as obrigações das partes se restringissem à prestação do trabalho pelo empregado, de um lado, e ao pagamento da remuneração pelo empregador, de outro lado. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial, o que se mostra tanto mais injustificável quanto é certo que, sendo o empregado, sempre e necessariamente, pessoa física (art. 3º, da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer contrato de trabalho.²³⁸

Não obstante, a apontada lacuna da legislação trabalhista brasileira foi e tem sido preenchida com a aplicação subsidiária do direito comum, especialmente do Código Civil vigente, de acordo com o disposto no art. 8º da CLT, o que, para Mallet, não deixa de suscitar “questões [...] delicadas, seja pelas peculiaridades da relação de emprego, seja por conta das imperfeições das normas postas.”²³⁹

É deveras importante ressaltar que há uma tendência da doutrina em apontar a necessidade da criação de novas leis para disciplinar especificamente os direitos à intimidade

²³⁶ MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e Direito do Trabalho. Revista LTr, v. 68, n. 11, nov. 2004, p. 1309.

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

²³⁸ MALLET, Estêvão. *Op. cit.*, p. 1309.

²³⁹ *Idem*, p. 1310.

e à privacidade previstos constitucionalmente, em suas diversas manifestações, sobretudo no que tange à violação desses direitos pelo uso e manipulação de informações através da *internet*, até mesmo pelo fato de a Constituição não prever expressamente a proteção das pessoas contra ameaças da informática.

Entretanto, a posição adotada nessa dissertação é a de que o ordenamento jurídico brasileiro já possui inúmeras leis capazes de assegurar adequada proteção às diversas dimensões dos direitos à privacidade e à intimidade, tanto no diz respeito à sua disciplina genérica, disposta no Código Civil de 2002, quanto no que se refere a diversos aspectos atinentes à infância e à adolescência (Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), à imprensa (arts. 1º, 7º, 49 e 71 da Lei n. 5.250/67), aos dados bancários (Lei n. 4.595/64), ao Processo Civil (arts.155, 363, 347 e 406 do Código de Processo Civil), ao Processo Penal (arts. 207 e 233 do Código de Processo Penal), ao Direito Penal (seção II, que trata dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência, das comunicações telegráficas, radioelétricas e telefônicas, e seção IV que abrange os crimes contra a inviolabilidade dos segredos, ambos do capítulo IV, do Código Penal), ao Direito Tributário (Lei n. 5.172/66, que dispõe sobre a obrigação de sigilo dos agentes do fisco) e ao Direito do Consumidor (arts. 42 e 43, do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90).

Não obstante, a edição de uma nova lei que tratasse da violação da privacidade e da intimidade no âmbito da *internet* poderia trazer uma valiosa contribuição para a solução de casos concretos que envolvam essa temática, “adequando os conceitos do direito comum ao ‘direito virtual’”.²⁴⁰

Contudo e com base em todo o exposto, é preciso advertir que não é a quantidade de leis visando a regulamentação pormenorizada dos direitos à intimidade e à privacidade que resolverá todos os problemas que ocorrem no âmbito desses direitos ou que impedirá que novos dilemas surjam. É, para tanto, suficiente a interpretação das normas já existentes, a partir de uma leitura feita à luz dos princípios constitucionais e lançando-se mão da técnica da ponderação de interesses. Desse modo, os Tribunais poderão, a partir do julgamento dos casos concretos, criar uma jurisprudência que seja capaz de enfrentar adequadamente, sob a ótica constitucional, as diversas e novas situações que, a cada dia mais, ameaçam e vulneram a intimidade e a privacidade das pessoas.

²⁴⁰ RIBEIRO, Luciana Antonini. *Op. cit.*, p.159.

3.7 Prevenção e reparação da violação aos direitos à intimidade e à privacidade

A tutela dos direitos da personalidade e, especificamente, dos direitos à intimidade e à privacidade, é necessária tanto nos casos de ameaça de violação, como nos de efetiva lesão desses direitos.

A simples ameaça de ofensa a direito da personalidade já é bastante para que se busque a sua devida proteção através das tutelas de urgência, que engloba a tutela antecipada (art. 273), e a tutela cautelar por meio do poder geral de cautela (art. 798 e 799), previstas no Código de Processo Civil. A ofensa, depois de consumada, nem sempre comporta reparação adequada ou suficiente, pelo que a prevenção adquire enorme relevância. O próprio art. 12²⁴¹ do Código Civil prevê a possibilidade de se requerer que cesse a ameaça ao direito personalíssimo.

Sobrevindo a violação ao direito, pode-se postular tanto que ele cesse, através da denominada tutela inibitória, como, ainda, a reparação do dano moral e/ou material causado pelo ofensor, com base nas regras de responsabilidade civil previstas no Código Civil vigente (arts. 185, 186 e 927 a 954) e nas normas que regem a tutela específica das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC). Ademais, a CLT prevê a hipótese de rescisão motivada do contrato de trabalho, nos termos das alíneas 'b' e 'e' do art. 482.

Mallet cita exemplos nesse sentido:

A realização de revista íntima pelo empregador [...] dá margem à emissão de ordem de abandono da prática, sob pena de aplicação de multa ou de outra medida adequada (CPC, art. 461, § 5º), e, bem assim, à condenação no pagamento de indenização (parágrafo único, do art. 953, do Código Civil). Já a extração de informação contrária ao direito do empregado à intimidade permite tanto que se postule a condenação do empregador a não se utilizar do conhecimento obtido como ainda a destruir o registro em que contida essa informação, tudo sem prejuízo, ademais, de indenização [...].²⁴²

Às vezes, porém, a indenização é, embora insuficiente e imperfeita como toda tutela meramente ressarcitória, a única compensação possível para os que já tiveram seus direitos à intimidade e à privacidade violados, como no caso de empregado que, não mais trabalhando na empresa, foi submetido à revista íntima no curso do contrato do trabalho.

²⁴¹ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁴² MALLETT, Estêvão. *Op. cit.*, p. 1316.

O valor da indenização deverá ser fixado pelo juiz competente para o julgamento da ação de indenização por danos morais e/ou materiais decorrentes de violação dos direitos personalíssimos do indivíduo. No caso da ofensa aos direitos à intimidade e à privacidade do trabalhador, decorrente de uma relação de emprego, a competência é da Justiça do Trabalho, regra que, hoje, se encontra expressa no art. 114, inc. VI, da Constituição Federal de 1988, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, sepultando qualquer possível questionamento sobre a competência dessa Justiça Especial.

No que tange aos danos materiais, a indenização deve ser fixada, com base tanto nos danos sofridos pelo ofendido que reduziram seu patrimônio, chamados de “danos emergentes”, quanto no que efetivamente se deixou de ganhar, ou seja, “os lucros cessantes”, consoante o disposto nos arts. 944, *caput*²⁴³ e 949²⁴⁴, do diploma civil, este último aplicado analogicamente à violação de direitos em geral.

Já no que se refere aos danos morais, o valor tem sido fixado por arbitramento do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso, já que não existe dispositivo legal estabelecendo parâmetros objetivos a respeito. De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira, a opção atual do arbitramento propicia “ao juiz fixar com mais precisão e liberdade a justa indenização, sem as amarras normativas padronizadas, de modo a poder dosar, após a análise equitativa, o valor da condenação”²⁴⁵ com as peculiaridades do caso concreto.

No que tange ao valor da indenização que o juiz deverá fixar, em se tratando de danos morais, os critérios sugeridos correntemente pela doutrina são: a relevância do direito violado e os efeitos dessa violação, o grau de repreensibilidade da conduta do agente causador do dano, ou seja, o grau de culpa, as condições econômicas do ofendido e do ofensor e o caráter pedagógico da sanção imposta ao agressor.²⁴⁶

Sebastião Geraldo de Oliveria explica que a indenização por dano moral não tem caráter somente indenizatório, mas também pedagógico, ao servir de freio para atos culposos do empregador. Ou seja, há uma dupla finalidade a ser perseguida: compensar a vítima, indenizando o dano, e punir o infrator, prevenindo novas ocorrências.²⁴⁷ Ademais, o

²⁴³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Código Civil (2002). Código Civil. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁴⁴ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁴⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2007, p. 213.

²⁴⁶ MALLETT, Estêvão. *Op. cit.*, p. 1317.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Op. cit.*, p. 214. Aliás, segundo o autor, na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho Nacional de Justiça, em outubro de 2006, foi

arbitramento pelo juiz deve ser feito com a devida prudência, de modo a fugir dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados que podem colocar em descrédito o Poder Judiciário.

O autor entende equivocada a postura de alguns magistrados que colocam como pressuposto da indenização a prova de que o lesado passou por um período de sofrimento, dor, humilhação ou depressão, pois basta o implemento do dano injusto para criar a presunção dos efeitos negativos na órbita subjetiva da pessoa que teve o seu direito violado.²⁴⁸

Ademais, segundo Oliveira é possível ser invocada, analogicamente, a disposição do art. 953, parágrafo único, do Código Civil, conforme a qual “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.²⁴⁹

Após o estudo dos direitos à intimidade e à privacidade, no próximo capítulo buscar-se-á fazer uma análise do poder diretivo do empregador, através de sua correlação com a relação de emprego, seus fundamentos doutrinários e legais, infraconstitucionais e constitucionais, sua natureza jurídica, suas dimensões e as finalidades a serem perseguidas através do exercício desse poder.

aprovado o Enunciado n. 379, com a seguinte redação: “O Art. 944, *caput*, Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

²⁴⁸ *Idem*, p. 210.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*.

4 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

4.1 O fenômeno do poder na relação de emprego

O poder se manifesta em diversos setores da vida em sociedade, estando presente nas mais diversas relações jurídicas e, inclusive, na relação de emprego, objeto do estudo desse capítulo.

A palavra poder deriva do latim *potere*, da raiz *poti*, que significa chefe de um grupo e gira em torno da idéia de posse, de força, de vontade, de obediência e de influência.

Alice Monteiro de Barros preleciona:

[...] o poder é a capacidade do indivíduo pôr em prática a sua vontade, apesar da resistência encontrada; surge no instinto da luta, podendo resultar de uma demonstração de superioridade ou de influência psicológica sobre os homens. Esse poder coercitivo é mesclado pelo poder convencional, exteriorizado por meio da negociação e não do comando.²⁵⁰

De acordo com a autora, contrapondo-se ao poder está a liberdade, de maneira que, para manter o grupo social, é necessário que haja um equilíbrio na luta entre poder e liberdade. O chefe pode impor limites à ação dos indivíduos, que os acatam ou porque sejam incapazes de se lhes opor, ou porque reconheçam a necessidade de se manterem unidos.²⁵¹

Reginaldo Melhado explica que:

Em sentido geral, poder designa capacidade de produzir determinado resultado. No conhecido Dicionário de política, de N. Bobbio e N. Matteucci, o poder é definido, no sentido social, como um fenômeno que, mais do que simples capacidade de realizar determinado resultado, se converte na ‘capacidade do homem para determinar a conduta do homem: poder do homem sobre o homem. O homem não é só o sujeito senão também o objeto do poder social’, importando sempre em uma relação triádica: há uma pessoa ou grupo que detém o poder, há uma pessoa ou grupo que se submete a este poder, e há uma esfera de poder.²⁵²

O fenômeno do poder manifesta-se em diversos tipos de relações jurídicas, interessando ao foco específico dessa dissertação a análise do poder exercido pelo

²⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. In: Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997, p. 559.

²⁵¹ . *Idem, ibidem.*

²⁵² MELHADO, Reginaldo. Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003, p. 23.

empregador no seio da relação de emprego, que se caracteriza substancialmente pelos requisitos conjugados da pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e, sobretudo, da subordinação jurídica.

Ao se fazer uma rápida retrospectiva histórica, observa-se que, no Direito romano, o *pater famílias*, chefe supremo, exercia o poder político e jurisdicional não somente em face da família mas também sobre o trabalho dos escravos, considerados como seu instrumento de trabalho e objeto do direito de propriedade dos senhores.²⁵³

O trabalho, naquela época, era exercido também pelos homens livres, através do sistema da *locatio operarum*, em que o *conductor* (credor do trabalho) tinha a faculdade de comandar o *locator* (trabalhador), inclusive fora da relação de trabalho, invadindo a sua vida particular e comprometendo sua liberdade.²⁵⁴

Na Idade Média, embora não houvessem mais escravos, nos moldes da antiguidade romana, os colonos e servos da gleba permaneciam sujeitos à submissão pessoal do senhor feudal, da mesma forma que nas corporações de ofício, em que as relações de trabalho apresentavam uma sujeição acentuada dos aprendizes aos mestres.²⁵⁵

O tipo de trabalho exercido nas corporações e as condições em que era realizado possibilitavam que o mestre exercesse vigilância sobre os artesãos, de forma pessoal e direta.

As transformações ocorridas na base produtiva da sociedade, modificando a estrutura do campo e das cidades vigente no período medieval, inauguraram a fase do sistema capitalista, caracterizado pela desvinculação do homem trabalhador tanto dos meios de produção, como dos proprietários desses meios.

Assim, o empregado passava a ser juridicamente livre, não mais estando subordinado de modo pessoal e absoluto a seu patrão. Esse, por sua vez, passou a ser o detentor exclusivo dos meios de produção, ou seja, das ferramentas e das máquinas e, freqüentemente, do local onde a fábrica era instalada.

O indivíduo livre passa a vincular-se a um empregador mediante um contrato, pelo qual tem a obrigação de prestar a sua mão de obra e o direito de receber um salário pela energia despendida. Assim, o trabalho não é mais forçado, já que o empregador tem que pagar por ele e é através dele que os empregados virarão consumidores do que é produzido.²⁵⁶

Na realidade, com a Revolução Industrial o trabalho livre desponta como forma dominante no novo sistema produtivo capitalista. Com a dissolução do sistema feudal, as

²⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo, *op. cit.*, p. 558.

²⁵⁴ *Idem, ibidem.*

²⁵⁵ *Idem, ibidem.*

²⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. São Paulo: LTr, 1996, p. 141.

idades atraem uma massa de cidadãos pobres, que somente podem vender sua força produtiva para os detentores do capital. Nas grandes fábricas, homens, mulheres e crianças prestam sua mão-de-obra desqualificada, recebendo uma remuneração muito baixa, em virtude do excesso de oferta e da natureza braçal do trabalho desenvolvido. A pobreza continua reinante, mas não há mais sujeição pessoal.²⁵⁷

Essa mudança da subordinação pessoal para a subordinação jurídica, não obstante, não gera o desaparecimento das formas de controle sobre o empregado quanto ao modo de realização do seu trabalho. Muito antes pelo contrário. A vigilância realizada pelo empregador torna-se mais incisiva, em virtude dos anseios da padronização da produção, do aumento da produtividade e dos lucros e da necessidade de manter os trabalhadores disciplinados de forma a não contestar o sistema vigente. Nota-se, portanto, que é através da relação de emprego que o poder diretivo empresarial se acentua.

Para controlar os trabalhadores era necessária a mudança na forma de realizar o trabalho. Nesse sentido, Márcio Túlio Viana explana: [...] o capitalista já notara que era difícil controlar aquela espécie de fábrica difusa, constituída por uma vasta rede de pequenas oficinas. [...].²⁵⁸ A disciplina veio com a fábrica concentrada. Ela surgiu antes das próprias máquinas, mesmo porque quase todas as máquinas foram construídas para ela.²⁵⁹

Márcio Túlio continua:

De todo modo, as máquinas tornaram irreversível o processo. Só aqueles que já tinham acumulado podiam comprá-las e aprisioná-las naquelas grandes construções de pedra, ferro e tijolos.

A fábrica dava visibilidade ao processo. O pai, a mãe e os filhos já não trabalhavam no interior de sua choupana, protegidos dos olhares curiosos. De repente, como se o véu se abrisse, eles agora revelavam os seus gestos, as suas palavras e os seus barulhos. Já não podiam esconder os seus pequenos segredos, nem preservar os mistérios do ofício. O trabalho se tornara público.

Além disso, o tempo era cada vez mais veloz. Já não podiam deixar a roca de fiar e olhar pela janela o cachorro latindo. Tinham de disfarçar ou abafar os seus cansaços

²⁵⁷ ALVES, Amauri César. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005, p. 50. Em relação à afirmação do autor, de que não há, a partir da Revolução Industrial, sujeição pessoal do empregado ao empregador, deve-se fazer uma ressalva. Embora, hoje em dia, a subordinação do empregado em relação ao empregador seja considerada, pela doutrina nacional e internacional majoritárias, como de natureza jurídica, percebe-se que, na esmagadora maioria das vezes, o empregado, no âmbito da relação de emprego, se sujeita pessoalmente ao empregador, principalmente em virtude da dependência econômica e da necessidade de manter o emprego, o que obriga o trabalhador a acatar, sem contestações, as ordens do empregador, seja de quais tipos forem e com que finalidades tiverem.

²⁵⁸ VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, 1º e 2º sem. 2004, p. 55.

²⁵⁹ MAGLIN, S. Origem e funções do parcelamento das tarefas (para que servem os patrões?). In: GORZ, A. Crítica da divisão do trabalho. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 3738 *apud* VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. *Op. cit.*, p. 55.

e preguiças. Já não era o sol ou a chuva a ditar os ritmos e as cadências: a fábrica inventara o relógio.²⁶⁰

Os empregados deveriam estar concentrados em um único local, devidamente distribuídos e organizados e sob as vistas atentas do empregador, ou seja, sendo vigiados o tempo todo. Isso porque a reunião de trabalhadores no mesmo ambiente de trabalho também trazia inconvenientes, tais como o perigo de depredação do patrimônio empresarial, através de roubos e estragos, e a interrupção do trabalho por quaisquer motivos.

A evolução da grande indústria passa pela intensificação da utilização das máquinas, da especialização e mecanização das tarefas, de modo a permitir o melhor aproveitamento do tempo e, conseqüentemente, maior eficiência e produtividade. Entretanto, os trabalhadores, encerrados durante horas nas fábricas, exerciam o seu labor em péssimas condições de higiene e salubridade, recebendo uma parca remuneração e sendo superexplorados e oprimidos.

É nesse contexto que nasce o Direito do Trabalho, com o fim de proporcionar a proteção dos trabalhadores, assegurando patamares civilizatórios mínimos de contratação da força produtiva.²⁶¹ O Estado passa a estabelecer normas que irão regular juridicamente a relação de emprego, de maneira a limitar a autonomia das partes na formação e estipulação do conteúdo contratual, fenômeno denominado “dirigismo contratual”.

Com a crise mundial de 1929, cujo estopim foi a “quebra” da bolsa de Nova Iorque, e com a influência da destruição nos países europeus gerada pelas duas grandes guerras mundiais, a ideologia de intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas estende-se para o campo econômico, através de regras limitadoras do funcionamento do mercado econômico e financeiro, e para o âmbito social, a partir de políticas públicas de amparo ao trabalho, à saúde, à educação, entre outros setores. Essa nova concepção de Estado é denominada de Estado de Bem-Estar Social.

De acordo com Maurício Godinho Delgado, essa fase é marcada pelo primado do trabalho e do emprego, que se constitui em uma das maiores conquistas da democracia no mundo ocidental capitalista:

[...] Por meio da centralidade do trabalho e do emprego, a nova matriz cultural submetia a dinâmica do capitalismo a certa função social, ao mesmo tempo em que restringia as tendências autofágicas, destrutivas, irracionais e desigualitárias que a história comprovou serem inerentes ao dinamismo normal desse sistema econômico.

[...]

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista,

²⁶⁰ VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. *Op. cit.*, p. 55.

²⁶¹ ALVES, Amauri César. *Op. cit.* São Paulo: LTr, 2005, p. 50.

visando propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética.²⁶²

Não obstante, esse modelo de Estado viu-se ameaçado a partir da década de setenta do século XX, em virtude da crise de petróleo, do aumento do desemprego e da pobreza e do retorno das idéias liberais aos campos econômico e social, através de políticas neoliberais, ou seja, de não intervenção do Estado nesses setores, como uma tentativa de resposta à crise que o sistema capitalista apresentava.

A abertura dos Estados para as trocas comerciais e culturais, desprestigiando a proteção do espaço estatal e possibilitando novas formas de interação do capital especulativo e de organização empresarial, influenciou sobremaneira o processo produtivo, sobretudo das grandes empresas.

Assim, à fábrica verticalizada, baseada nos modos de produção fordista – basicamente sintetizado a partir da linha de produção inventada por Henry Ford – e taylorista – cuja idéia se fundava no estudo dos tempos e movimentos, de maneira a exterminar tempos ociosos e aumentar ao máximo a eficiência do processo –, acrescentam-se outros modelos de produção, que preconizam a fábrica horizontalizada.

Esse novo formato se caracteriza pela existência de grandes corporações, cujas empresas subordinadas dividem as tarefas do processo produtivo, seja no mesmo país ou em diversos países ou, ainda, em que tais tarefas são terceirizadas para empresas menores que não pertencem ao grupo. Uma parte considerável das empresas é deslocada para escritórios situados na casa dos próprios empregados ou para escritórios virtuais, presentes em qualquer lugar onde se encontre o trabalhador.

Os avanços tecnológicos são responsáveis pelas mudanças ocorridas no modo de produção e, juntamente com outras alterações na organização empresarial, têm como finalidade a diminuição dos custos do processo produtivo. Nesse ponto, o método toyotista adotado inicialmente no Japão, e depois exportado para outros países, tinha o intuito de inserir a tecnologia, através da informática e da robotização, no meio empresarial, além de se pautar na fórmula *just-in-time*, ou seja, produzir o que o mercado está necessitando naquele momento, de forma a evitar o excesso de oferta e a estocagem de produtos.

É claro que, diante dessa nova realidade de organização empresarial e do processo produtivo, também ocorreram mudanças na forma de exercício do poder diretivo do empregador. Através do desenvolvimento tecnológico, tornou-se possível o controle do

²⁶² DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 28.

trabalhador à distância, assim como a utilização de diversos meios eletrônicos, para fiscalização dos empregados fora e dentro do ambiente de trabalho tradicional, tais como as câmeras de vídeo, os telefones fixos e celulares, os polígrafos e os detectores de metais, os computadores, a rede *internet* e, outrossim, seu serviço de correio eletrônico, que revolucionaram os conceitos de tempo e de espaço.

Não obstante as alterações ocorridas nos processos produtivos e na maneira de exercer o poder empregatício, constata-se que a finalidade desse poder continua a mesma, qual seja, aumentar a produção, disciplinar e pacificar os trabalhadores, evitar a degradação do meios de produção e dos bens produzidos, eliminar tempos ociosos e inúteis e controlar a qualidade e a quantidade de trabalho realizado.

4.2 Fundamentos do poder empregatício

4.2.1 Fundamentos doutrinários

Com o surgimento da relação de emprego e a evolução no modo de produção empresarial do sistema capitalista, observa-se a existência de um poder exercido pelo empregador na relação jurídica estabelecida com os empregados, que tem como objetivo regulamentar, controlar e fiscalizar o processo produtivo no qual se inserem os trabalhadores. Esses, por sua vez, têm o dever de atenderem os comandos decorrentes do poder empresarial quanto ao modo de realização do trabalho, em virtude da subordinação jurídica em relação ao empregador.

De acordo com Maurício Godinho Delgado:

Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.²⁶³

Tendo em vista que o poder empregatício existe e é reconhecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, faz-se necessário buscar os fundamentos jurídicos desse poder, ou

²⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 629.

seja, o fato jurídico que responde pela origem desse fenômeno e lhe dá titularidade e legitimidade no campo do Direito.

Os fundamentos jurídicos foram sendo desenvolvidos pela doutrina, ao longo do tempo, existindo, atualmente, quatro teorias acerca da fundamentação do poder empregatício.

A mais antiga delas é a teoria da propriedade privada ou privatística, construída na época das primeiras manifestações do Direito do Trabalho, e que se baseava “[...] na estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do poder no âmbito da empresa”.²⁶⁴

Segundo essa corrente, o fundamento do poder empregatício estaria no fato de o empregador ser o proprietário da empresa, dos meios de produção e dos bens produzidos pelos empregados. Os seguidores dessa teoria “partem do pressuposto de que quem tem a propriedade tem o direito exclusivo de usá-la e dela desfrutar. Logo, o dono de uma empresa deve dirigi-la”.²⁶⁵

No Brasil, Evaristo de Moraes Filho, citado por Delgado, já se manifestou no sentido dessa corrente:

[...] não há dúvida que dentro do seu estabelecimento é o empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sobre o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negócio, julgando-se por isso o senhor do céu e da terra. Tudo o mais que se se (*sic*) quiser escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar [...].²⁶⁶

Na mesma linha, Delgado cita Mozart Victor Russomano, para o qual a idéia de dependência hierárquica do trabalhador perante o empresário se assenta sobre a tese de que a empresa é propriedade de alguém, que a dirige ou administra com amplo poder de deliberação. “O chamado poder diretivo empresarial realmente decorre desse fato social histórico e econômico: o empresário corre os riscos do negócio e, em conseqüência, a ele cabe a prerrogativa de ditar ordens.”²⁶⁷

Sem embargo, existem críticas severas a essa teoria, já que não exprimiria ela com fidelidade o título e o fundamento jurídico do fenômeno do poder empregatício.

²⁶⁴ *Idem*, p. 639.

²⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo, *op. cit.*, p. 565.

²⁶⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1976, p. 397 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício, *op. cit.*, p. 165-166.

²⁶⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, p. 88-89 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício, *op. cit.*, p. 166.

Para Maurício Godinho Delgado, em primeiro lugar, essa concepção não leva em conta a diferença principal entre as relações servis e escravagistas e a relação de emprego no que tange ao poder empresarial. A relação de emprego, ao contrário das outras, tem como elemento principal o empregado juridicamente livre. Assim, caso o desequilíbrio no plano econômico entre empregado e empregador fosse o fundamento do exercício do poder, não haveria qualquer diferença entre o poder do senhor de escravos e do senhor feudal e o poder empregatício.²⁶⁸

Luisa Riva Sanseverino, citada por Alice Monteiro de Barros, explica que a titularidade do capital ou dos bens que trouxe para o empreendimento não pode, por si só, dar ao empregador o direito de exercer um poder pessoal sobre alguém, porquanto o “dador de trabalho comanda como credor, e não como senhor”.²⁶⁹

Em segundo lugar, nem sempre a titularidade do empreendimento coincide com a titularidade do direito de propriedade, o que inviabilizaria o exercício desse poder por quem não detivesse os meios de produção.

Ademais, argumenta Delgado:

As concepções privatísticas não absorvem e expressam a complexidade que caracteriza o fenômeno do poder empregatício, reduzindo-o a um conjunto de prerrogativas unilaterais deferidas pelo estatuto da propriedade a seu titular. Não assimilam, por exemplo, todas as ações que o ser coletivo obreiro pode cumprir nas situações de poder existentes no estabelecimento e na empresa.²⁷⁰

Nélio Reis, citado por Alice Monteiro de Barros, ainda pondera:

[...] os defensores desta doutrina se impressionaram mais com os aspectos econômicos do que com os aspectos jurídicos que devem presidir a análise do problema. Não há dúvida de que economicamente e até que se opere uma transformação no regime capitalista em que vivemos, o patrão é o dono da empresa compreendida esta no seu todo perfeito. Mas a integração nesta dos trabalhadores não se opera pelo direito de propriedade, e, sim, pela via contratual, à semelhança das ligações entre a empresa e outros organismos da vida social. O empregador possui a empresa e, em nome desta, em relação ao elemento humano de sua execução, contrata os prestadores de serviço, os empregados.²⁷¹

A segunda teoria confere à instituição o título e o fundamento do poder empresarial interno, emergindo como concepção relevante no período entre guerras na Europa Ocidental,

²⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício, *op. cit.*, p. 167.

²⁶⁹ SANSEVERINO, Luisa Riva. Corso di Diritto del Lavoro. Padova: Cedam, 1941, p. 276 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo, *op. cit.*, p. 566.

²⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício, *op. cit.*, p. 167.

²⁷¹ REIS, Nélio. Alteração do Contrato de Trabalho. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [19--], p. 47 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo, *op. cit.*, p. 565-566.

associada à ideologia política autoritária do fascismo na política e do corporativismo no Direito.

Para essa corrente, o poder se funda na própria natureza da empresa, que é um agrupamento social, uma instituição, e que pressupõe uma organização hierárquica, “com uma vontade central que deve ser exercida tendo-se em vista o interesse social da empresa, visto como um bem comum em contraposição ao interesse individual”.²⁷²

Délio Maranhão explica que tal concepção implica obediência do empregado ao interesse da empresa, acentuando a subordinação verificada na relação empregatícia. Assim, não teria sido por acaso que essa concepção “veio a ser consagrada pela lei nazista de 1934, que organizou a Frente de Trabalho”.²⁷³

Luiz José de Mesquita, principal jurista brasileiro adepto dessa corrente, sustenta que o poder diretivo:

[...] encontra fundamento no interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de se restringir um bem comum de ordem econômico-social. A ordem na organização técnica da produção e na administração interna da empresa exige uma direção nesse sentido.²⁷⁴

Maurício Godinho Delgado explica que essa teoria também não exprime o fundamento jurídico do poder intra-empresarial, pois na verdade apenas justifica a situação de poder assimétrica e despótica, típica do período em que foi concebida, já que dissimula a presença da liberdade na relação empregatícia. Para o autor, a corrente institucionalista:

nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes. Dissimula a presença dos sujeitos envolvidos o (sic) fenômeno do poder empregatício, através da idéia de instituição, supostamente agregadora de vontade e interesses próprios.²⁷⁵

Alice Monteiro de Barros corrobora a crítica, dizendo que essa concepção “[...] possui um caráter mais político e social do que jurídico, encontrando-se em franco declive.”²⁷⁶

Além disso, no âmbito da relação de emprego, não se vislumbra, de forma clara e rotineira, um interesse comunitário por parte dos empregados e do empregador. A

²⁷² BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. *Op. cit.*, p. 566.

²⁷³ MARANHÃO, Délio. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 40 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 167.

²⁷⁴ MESQUITA, Luiz José. Direito disciplinar do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 64 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 168.

²⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 169.

²⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo *Op. cit.*, p. 571.

desigualdade no plano jurídico e econômico dos sujeitos dessa relação torna evidente que os interesses perseguidos pelas partes não são os mesmos.

Para a terceira corrente, o fundamento jurídico do poder na relação de emprego estaria no exercício desse poder através da delegação do poder público, ou seja, sendo o Estado detentor do monopólio do poder disciplinar, apenas ele teria a prerrogativa de delegar para os particulares o exercício desse poder.

Consoante Arion Sayão Romita, essa tese mereceu atenção à época em que foi albergada no Brasil, durante a Constituição de 1937, que “tanta ênfase deu aos ‘superiores interesses da produção nacional’”,²⁷⁷, assim como o diploma que lhe serviu de inspiração, qual seja, a *Carta del Lavoro*. “À época, certa corrente doutrinária atribuía à empresa privada uma função cujo desempenho se situava nas vizinhanças do direito público”.²⁷⁸

Delgado leciona que tanto a corrente institucionalista quanto a publicística incorporam a matriz autoritária que prevaleceu na cultura política e jurídica ocidental da primeira metade do século XX, que mantinha os elementos essenciais da noção de propriedade privada, rejeitando, contudo, os postulados filosóficos do liberalismo clássico. Essas correntes não admitiam as tendências de participação coletiva obreira na sociedade política e civil e, muito menos, no interior da empresa, pois seu objetivo era justamente repelir essa forma de democratização.²⁷⁹

Dessa forma, para o autor aplicam-se à teoria publicística as mesmas críticas tecidas ao institucionalismo, visto que a liberdade, a vontade e a dialética do poder são noções não albergadas por essa corrente.

Em adição, há de se enfatizar que nem todas as relações de poder que se verificam entre os particulares são oriundas da delegação do Estado enquanto entidade coatora, até porque nas relações entre os indivíduos prevalece a liberdade de contratar e a autonomia da vontade das partes. Especificamente, no âmbito da relação de emprego, mesmo havendo a incidência, nessa relação jurídica, de normas de ordem pública, com o objetivo de tentar diminuir o desequilíbrio entre as partes, não há interferência estatal direta no que tange ao exercício do poder empregatício.

A quarta teoria de explicação do substrato jurídico do poder empresarial é a teoria contratualística ou teoria do contrato, hoje hegemônica entre os doutrinadores trabalhistas.

²⁷⁷ ROMITA, Arion Sayão. O poder disciplinar do empregador. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 116-177.

²⁷⁸ *Idem*, p. 118-120.

²⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 169.

De acordo com essa corrente, o contrato de trabalho é que faz surgir para o empregador um conjunto de prerrogativas, denominado poder empregatício ou poder empresarial, e para o empregado a obrigação de se subordinar aos comandos do empregador.

Ou seja, a partir do contrato nasce, para o empregador, o poder de dirigir o processo produtivo e, para o trabalhador, a obrigação de prestar uma determinada atividade e de acatar as determinações do empregador quanto ao modo de prestar essa atividade.

Essa teoria considera a liberdade e a vontade das partes como o verdadeiro fundamento do poder empregatício. É necessário salientar, entretanto, que a relação de emprego é regida, também, por normas heterônomas de ordem pública, cogentes, que visam atenuar o desequilíbrio econômico entre as partes, através da limitação da vontade delas na estipulação do conteúdo contratual e na forma de prestar o labor. Dessa forma, sobre o contrato de trabalho incide a vontade das partes e a lei.

Segundo Alice Monteiro de Barros, a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho é mais consistente:

Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada.²⁸⁰

Nesse sentido, Aryon Sayão Romita diz que essa explicação é mais consentânea com o Direito do Trabalho vigente no Brasil. “O poder disciplinar do empregador encontra seu fundamento no contrato que dá origem à relação de trabalho caracterizada pela subordinação jurídica” e “o poder diretivo é um efeito típico do contrato, peculiar à feição subordinada da prestação de trabalho”.²⁸¹

Para Maurício Godinho Delgado, essa concepção contratual do poder empregatício é a que melhor traduz o título e o fundamento jurídico do fenômeno:

Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito) que dá origem à relação de emprego importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno.²⁸²

O autor aduz que a noção de contrato, ademais, é tão ampla que engloba qualquer situação historicamente experimentada no que tange à relação de emprego, podendo abarcar

²⁸⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 571.

²⁸¹ ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 195/205.

²⁸² DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 172.

tanto as situações mais assimétricas, hierárquicas e unilaterais de poder, características do início do capitalismo e dos experimentos nazi-fascistas do século XX, quanto as situações mais equilibradas de gestão do poder, como se tem vislumbrado nos países mais democráticos da Europa Ocidental.²⁸³

Assim, o contrato de trabalho poderá se compor não só da vontade dos indivíduos que o firmam, como também através do ser coletivo empresarial e do ser coletivo obreiro, que, através da negociação coletiva, de comissões internas e da representação por delegados obreiros, entre outras modalidades de organização e atuação, poderão intervir na dinâmica contratual inicialmente celebrada entre empregado e empregador.

Octavio Bueno Magano menciona, ainda, uma outra concepção sobre o fundamento do poder empregatício, segundo a qual este residiria na autonomia das diversas organizações grupais existentes na sociedade, afirmatórias do pluralismo democrático inerente à história contemporânea:

[...] o fundamento do poder disciplinar é o pluralismo democrático, de cujo ponto de vista se há de conceber a sociedade como composta de vários centros de poder, colocados em vários níveis inferiores ao do Estado, mas dotados de autonomia. O grau de participação dos indivíduos nos referidos centros de poder varia conforme a sua influência na realização dos valores por estes colimados.²⁸⁴

Maurício Godinho Delgado, não obstante, explica que essa teoria não surge como contraposta ou alternativa às anteriores, em especial à corrente contratualista, pois a noção de autonomia é plenamente compatível com a noção de contrato. Para o autor, “o contratualismo que mais importa ao Direito do Trabalho é aquele derivado da autonomia privada coletiva, resultante da ação grupal organizada dos trabalhadores – do ser coletivo obreiro [...]”.²⁸⁵

Ademais, hoje seria hegemônica na Ciência Política a idéia da existência de vários centros de poder distintos e salpicados na sociedade civil, ao lado do centro principal de poder que é o Estado. Alguns desses centros de poder teriam, além da autonomia, o *status* de produtores de normas jurídicas.²⁸⁶

A autonomia dos centros societários de poder confere, assim, fundamento político e conteúdo normativo às relações de poder nele verificadas, mas não necessariamente o fundamento jurídico que, na realidade, reside no contrato, pois sem este não poderia existir a relação entre empregado e empregador.

²⁸³ *Idem*, p. 172.

²⁸⁴ MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 154-155.

²⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 173-174.

²⁸⁶ *Idem*, p. 174.

Para Delgado, o fundamento político de tal poder não se encontra apenas no plano da relação interpessoal entre obreiro e empresário, mas também no centro coletivo de poder que consubstancia a realidade da empresa, da negociação coletiva, da organização coletiva obreira e de todos os instrumentos inerentes a este processo e nas formas de participação do empregado no poder intra-empresarial, de forma a atuar na configuração do conteúdo jurídico desse poder em exercício.²⁸⁷

Dessa forma, conclui-se que o fundamento jurídico do poder exercido pelo empregador no âmbito de uma relação de emprego, cujos comandos serão observados pelo empregado, em virtude da subordinação jurídica ao qual se vincula, está no contrato, ou seja, no pacto de vontades entre os sujeitos da relação empregatícia.

É importante salientar que, em geral no Brasil, em virtude da ausência de uma tradição democrática, principalmente na seara trabalhista, o poder na relação de emprego é exercido quase que de forma exclusiva pelo empregador, pessoa física, titular de firma individual ou sócio, se a empresa tiver a estrutura de uma sociedade.

Entretanto, o ideal é que esse poder seja exercido com a colaboração dos empregados, que poderão participar da gestão da empresa através de comissões intraempresariais ou por meio da atuação do sindicato obreiro nas negociações coletivas, como ocorre em países como a Alemanha.²⁸⁸

Alice Monteiro de Barros lembra que, no Brasil, o texto constitucional, em seu art. 7º, inciso XI, traz a possibilidade de participação dos empregados na gestão empresarial, em seu art.11 assegura a representação dos empregados em empresas com mais de 200 (duzentos) trabalhadores e, por fim, no art. 10, inciso II, alínea “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevê a participação de empregados nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA). Em adição, o art. 163 da CLT exige, nas empresas com mais de 50 (cinquenta) empregados, a constituição das CIPA, da qual participam empregados e empregadores. Não obstante a existência’ desses dispositivos, a atuação do empregado no poder empregatício ainda é bastante incipiente no país.²⁸⁹

²⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 647.

²⁸⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. *Op. cit.*, p. 572.

²⁸⁹ *Idem*, p. 573.

4.2.2 Fundamentos legais infraconstitucionais

Após terem sido apresentadas as correntes doutrinárias que buscam estabelecer os fundamentos jurídicos do poder empregatício, será feita uma breve análise dos fundamentos legais desse poder, isto é, dos dispositivos normativos existentes nas leis infraconstitucionais brasileiras que conferem suporte à presença do poder empresarial na relação de emprego.

Constata-se que, apesar de não haver regra jurídica expressa que faça referência ao poder empregatício, instituindo e regulamentando o fenômeno, existem dispositivos legais que por vias indiretas ou implícitas tratam do instituto, estabelecendo ou limitando as prerrogativas decorrentes desse poder no contexto intra-empresarial.²⁹⁰

Entre essas normas, destaca-se o art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que define empregador como a “empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Esse dispositivo estabelece a prerrogativa de o empregador dirigir a prestação dos serviços de seus empregados.

Segundo Alice Monteiro de Barros, o *jus variandi* é o conjunto de prerrogativas que permitem ao empregador realizar unilateralmente modificações e variações na prestação de serviços, conforme as circunstâncias de modo, tempo e lugar, as exigências ou os perigos que surjam na realidade fática.²⁹¹ O *jus variandi* ordinário concerne à alteração unilateral de aspectos da prestação de trabalho não regulados por norma jurídica ou por cláusulas do contrato, refletindo o poder diretivo em movimento. O *jus variandi* extraordinário, por seu turno, se refere à alteração unilateral das cláusulas contratuais, em matérias previamente reguladas pelo próprio contrato ou por norma jurídica. O parágrafo único do art. 468 da CLT, que trata da reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança, e o art. 469 do mesmo diploma que dispõe sobre a transferência do empregado de local do trabalho, traçando limites para essa alteração contratual, são exemplos do *jus variandi* extraordinário.

Na realidade, conforme o *caput* do art. 468, serão inválidas as alterações unilaterais ou bilaterais no contrato que visem causar prejuízos, direta ou indiretamente, ao empregado. Em interpretação a *contrario sensu*, e de acordo com os princípios da inalterabilidade contratual lesiva e da proteção, somente serão lícitas as alterações contratuais que tragam benefícios ao empregado ou que melhorem a sua condição como trabalhador.

²⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 647.

²⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 829.

No que tange à dimensão disciplinar do poder empregatício, alguns artigos da CLT tratam das sanções aplicáveis ao empregado em caso de descumprimento de suas obrigações decorrentes do contrato. O art. 474 fixa limite temporal à sua suspensão disciplinar e o art. 482 elenca as hipóteses de justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. O art. 158 estabelece deveres do empregado no que diz respeito ao cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança no trabalho e traz dois tipos de ato faltoso possíveis: a inobservância das respectivas normas expedidas pelo empregador e a recusa ao uso de equipamentos de proteção individual; o art. 240, parágrafo único, trata da falta grave que o empregado comete se se recusa injustificadamente a trabalhar em horas extraordinárias, nos casos de urgência ou de acidentes capazes de afetar a segurança ou a regularidade do serviço nas linhas ferroviárias; o art. 433 elenca as hipóteses de rescisão antecipada do contrato de aprendizagem, incluindo o desempenho insuficiente ou a inadaptação do aprendiz, a falta disciplinar grave e a ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo; e o art. 508, que considera justa causa para rescisão do contrato de trabalho do bancário a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis.

Finalmente, no que se refere à violação expressa do direito à intimidade e à privacidade dos empregados, a Lei n. 9.799/99 acrescentou à CLT o art. 373-A, que dispõe sobre as práticas vedadas ao empregador no que concerne ao trabalho da mulher, ao seu acesso e manutenção no emprego, incluindo seu inciso VI, que proíbe o empregador ou seu preposto de proceder a revistas íntimas nas empregadas.

4.3 Embasamento jurídico-constitucional pertinente: fundamentos e finalidades

Analisando as obras brasileiras que tratam do poder empregatício, percebe-se que muitas delas trabalham os fundamentos jurídicos doutrinários e legais infraconstitucionais desse poder, assim como sua natureza jurídica, aspecto que será estudado mais adiante.

Entretanto, praticamente não existe uma abordagem acerca dos fundamentos e as finalidades do poder empresarial presentes no texto constitucional, ou seja, os dispositivos da Constituição que trariam uma base fundante para o exercício desse poder na relação de emprego ou que indicariam os direitos a serem protegidos através desse exercício.

Não obstante, pode-se dizer que a Constituição de 1988 traz, implícita e explicitamente, os fundamentos de exercício do poder empregatício, através de normas

constitucionais com estrutura principiológica, quais sejam os princípios do valor social da livre iniciativa e a liberdade contratual, esta corolário do princípio da autonomia da vontade. Esses dois princípios, conjuntamente com o direito fundamental de propriedade, refletem um conjunto de valores que serão perseguidos finalisticamente, através do exercício do poder empresarial.

Essa constatação explica o motivo pelo qual o poder diretivo do empregador, em determinados casos concretos, será limitado por alguns direitos do empregado, tais como o direito à imagem, o direito à honra e o direito à intimidade, entre outros. É que o poder empregatício, por si só, não entra em colisão com os direitos fundamentais do empregado, já que ele não é um direito fundamental em si, ou seja, uma norma constitucional com estrutura principiológica e, sim, um conjunto de prerrogativas que o empregador tem de organizar, regulamentar, fiscalizar, dirigir e disciplinar o modo de produção empresarial e o exercício do trabalho pelos empregados. Porém, essas prerrogativas encontram como substrato jurídico o contrato de trabalho, que é o pacto jurídico de vontades por meio do qual empregado e empregador estabelecem direitos e obrigações mútuas a vigerem na relação de emprego.

O contrato, seja ele de origem civil ou trabalhista, encontra, por sua vez, seus fundamentos jurídicos primordiais na Constituição, de forma explícita, no princípio do valor social da livre iniciativa e, de maneira implícita, nos princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade. Da mesma forma, as finalidades das cláusulas pactuadas na relação de emprego deverão observar os contornos desses princípios constitucionais e, caso uma dessas finalidades seja a proteção do patrimônio empresarial, também o direito fundamental de propriedade será levado em conta, desde que essa propriedade esteja atendendo a sua função social que, por sua vez, é um princípio limitador daquele direito.

Dessa forma, é possível dizer que quando estiverem em jogo direitos fundamentais do empregado, como, por exemplo, os direitos à intimidade e à privacidade, e as prerrogativas de exercício do poder diretivo exercido pelo empregador, na realidade estarão em rota de colisão os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado e os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual e o direito à propriedade privada do empregador, visto que somente podem entrar em colisão princípios legais infraconstitucionais ou constitucionais ou direitos fundamentais, já que esses são estipulados em normas com estrutura principiológica.

Estipuladas essas premissas, serão analisados os princípios constitucionais da liberdade contratual, da autonomia da vontade e do valor social da livre iniciativa, bem como o direito de propriedade privada e o princípio da função social da propriedade.

Uma das idéias mais exaltadas no Estado Liberal era a liberdade plena nas relações contratuais, posto que ao indivíduo era dado o poder da autodeterminação, ou seja, a possibilidade de gerir seus próprios interesses. Portanto, para realizar qualquer atividade negocial, bastava a manifestação de vontade e esta, por sua vez, através do contrato, faria com que as relações negociais patrimoniais se materializassem na esfera privada.²⁹²

Segundo Fabíola Santos Albuquerque:

O princípio contratual clássico da autonomia privada parte do pressuposto de que as partes são livres; cristaliza a idéia de pacto, de acordo firmado entre as partes, posicionadas no mesmo plano de igualdade, aptas a discutir todas as cláusulas até uma convergência legítima de vontades.²⁹³

A doutrina da autonomia da vontade traz, como reflexo, o dogma da liberdade contratual, pois que as vontades das partes ao expressarem consentimento, em torno do quanto avençam, deixam de se condicionar por outros aspectos, salvo – obviamente – os que decorrem da legitimidade e da liceidade da própria manifestação volitiva, expressos nos requisitos do ato jurídico ou do negócio jurídico, na aceção do novo Código Civil.²⁹⁴

Os pressupostos da autonomia da vontade, que também caracterizam a liberdade de contratar, podem ser sintetizados na presença dos elementos de validade relativos à vontade das partes, quais sejam a capacidade das partes, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei e na ausência de vícios ou de defeitos, quanto ao que foi clausulado.

Conforme Cássio Martins Camargo Penteado Júnior:

Tais premissas, oriundas do dogma da liberdade contratual, partiam da concepção de igualdade e da livre disposição dos contratantes, deixando de perquirir outras condições, em particular as de ordem econômica ou social que diferenciassem os indivíduos, *lato sensu*, jungidos naquela relação jurídico-obrigacional.²⁹⁵

Essa noção tradicional que permeia o instituto da liberdade contratual harmoniza-se com as contingências sociais, políticas e econômicas daquela época, ou seja, prevalecia o acordo irrestrito de vontades celebrado entre as partes nos moldes liberais. Ao Estado era conferido o papel de coadjuvante, responsável pela produção de normas garantidoras da ordem e da estruturação dos poderes, assim como da tutela dos direitos individuais.

²⁹² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, jul./set. 2003, p. 74.

²⁹³ *Idem, ibidem.*

²⁹⁴ PENTEADO Júnior., Cássio Martins Camargo. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos, Revista CEJ, Brasília: n. 23, out./dez. 2003, p. 67.

²⁹⁵ *Idem, ibidem.*

O contrato tinha-se por justo, pois partia da pressuposição de que, em havendo acordo entre as partes, estas estariam situadas no mesmo nível de igualdade e aptas a discutir livremente as condições, o conteúdo, o tipo e os efeitos do contrato pretendido, demonstrando, assim, a capacidade para exercer sua liberdade contratual, gerando obrigações e fazendo lei entre elas, segundo o princípio do *pacta sunt servanda*.

Essa liberdade desmedida revelou seu lado maléfico, principalmente durante a Revolução Industrial, marco histórico do século XIX, em face do cenário do capitalismo nascente que impunha uma técnica de produção em série, geradora de riqueza e que fomentava a formação de uma sociedade extremamente desigual. Essa realidade fez cair por terra a premissa da suposta igualdade das partes na realização do contrato, ou seja, o contrato era celebrado por partes desiguais do ponto de vista material ou substancial.

Albuquerque explica:

o “pseudo” contrato não disfarçava a relação desigual e opressora firmada entre a parte detentora dos bens de produção e aqueles que nada possuíam, salvo a força de trabalho, sendo assim a função principal do contrato estava comprometida, ou seja, a circulação da riqueza ficava adstrita aos detentores do capital.²⁹⁶

Na verdade, o princípio da autonomia da vontade nunca foi ilimitado, pois sempre teve como freios a ordem pública e os bons costumes. Não obstante, esses limites negativos não foram suficientes para coibir os abusos, tendo em vista que o exercício da liberdade de contratar privilegiava em demasia a vontade.²⁹⁷

Dessa maneira, o Estado passa a assumir uma postura mais intervencionista, transformando-se em agente normativo e regulador da atividade econômica e limitando positivamente a liberdade contratual.

Albuquerque explicita que essa nova postura do Estado teve como estratégia salvaguardar o próprio regime capitalista. Em síntese, buscava a manutenção do capitalismo dentro de uma perspectiva mais justa, igualitária e distributiva, possibilitando a oportunidade de acesso real a todos que desejassem entrar no mercado e buscando a realização efetiva da justiça social.²⁹⁸

Em consonância com essa nova ideologia estatal, os efeitos incidentes na seara contratual foram enormes, pois o contrato passa a ser o receptor das vicissitudes sociais, ou seja, passa a ser condicionado a uma função social.

²⁹⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 75.

²⁹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 25.

²⁹⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 79.

A ideologia do Estado Social de Direito norteada pelo valor justiça, volta-se aos anseios sociais pois além da limitação ao poder político, limita também o poder econômico e projeta para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a saúde, a seguridade social e o meio ambiente, com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do Direito Civil e na consolidação do Direito do Trabalho.

Orlando Gomes, manifestando-se sobre os efeitos da intervenção estatal na vida econômica, entende que:

o contrato foi atingido na sua cidadela ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato.²⁹⁹

A intervenção estatal na esfera privada, fenômeno denominado de dirigismo contratual, caracteriza-se pela determinação das regras mínimas do pacto de vontades pelo Estado. Esse passa a dirigir e não somente a intervir no contrato, havendo um legítimo interesse social em promover a redução da autonomia privada dos particulares. Assim, aos contratos são agregados valores, princípios e funções, responsáveis pelas limitações positivas incidentes no seu conteúdo.

Especificamente no âmbito trabalhista, esse dirigismo caracterizou-se pela estipulação, pelo Estado, de normas cogentes a incidirem nos contratos de trabalho, cujo conteúdo são direitos mínimos em favor dos trabalhadores a serem observados pelos empregadores, além da vinculação das partes contratantes a esse conteúdo mínimo, independentemente de sua manifestação de vontade.

Sem embargo, ainda existe uma parcela de liberdade para as partes no que tange à escolha do outro contratante – liberdade de contratar – e na estipulação do conteúdo do contrato – liberdade contratual –, seja na esfera civil ou na trabalhista. Na seara juslaboral, uma das mais importantes manifestações do princípio da autonomia da vontade, especificamente no que tange à liberdade contratual, são as prerrogativas que o empregador tem de organizar, regulamentar, fiscalizar, dirigir e disciplinar a organização do trabalho e o modo de produção. Ou seja, do contrato nasceria para o empregador o poder empresarial e para os empregados a subordinação jurídica que os leva a observar as normas firmadas pelo empregador, logicamente dentro de certos limites.

O Código Civil brasileiro de 2002, ao contrário do Código de 1916, faz referência expressa à liberdade de contratar em seu art. 421: “a liberdade de contratar será exercida em

²⁹⁹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 07-08.

razão e nos limites da função social do contrato”, estipulando, ademais, em seu art. 422 que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé”.

Existem dois princípios que têm como objetivo condicionar e amoldar o princípio da liberdade contratual e que devem ser aqui mencionados, pois plenamente aplicáveis aos contratos de trabalho, sobretudo no que tange aos direitos e obrigações oriundos do exercício do poder diretivo do empregador.

O primeiro é o princípio da função social do contrato, consagrado no art. 421, do Código Civil. É ele princípio geral de Direito, de ordem pública, conforme disposição expressa contida no art. 2.035, parágrafo único, do mesmo diploma. De acordo com esse princípio, o contrato deve ser necessariamente interpretado de acordo com o contexto da sociedade, não podendo mais ser concebido como uma relação jurídica totalmente desvinculada do mundo dos fatos. Esse princípio tem como fundamentos constitucionais a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade, sendo extraído da concepção *lato sensu* da função social de propriedade, prevista no art. 5º, inc. XXIII, e no art. 170, inc. III, da Constituição.

O outro princípio importante para a interpretação dos contratos estipulados é a boa-fé objetiva, uma evolução da boa-fé subjetiva, relacionada com a intenção. A boa-fé objetiva está vinculada à conduta desempenhada pelos contratantes em todas as fases contratuais, instituindo uma série de deveres anexos a serem observados, quais sejam: o dever de cuidado em relação à outra parte, o dever de cooperação ou colaboração, o dever de respeito à confiança, o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio, o dever de lealdade e o dever de agir, conforme a equidade, a razoabilidade e a razão.

É importante ressaltar que a maioria dos autores não diferencia a liberdade de contratar da autonomia privada. Nessa posição está Caio Mário da Silva Pereira, para quem a liberdade de contratar se exerce e se concretiza em quatro momentos fundamentais, quais sejam:

A faculdade de contratar e de não contratar; na escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo de negócio a efetuar; no poder de fixar o conteúdo do contrato; e uma vez concluído o contrato, passa a se constituir fonte formal de direito. Em suas linhas gerais, eis o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos.³⁰⁰

³⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 09-10, v. III.

Para uma corrente minoritária, embora próximos, a liberdade de contratar não se confunde com os princípios da autonomia da vontade ou da autonomia privada. A liberdade de contratar seria a principal manifestação do exercício do princípio da autonomia da vontade; todavia esse princípio possuiria outras dimensões.

Assim, se pronuncia a esse respeito Pietro Perlingieri:

[...] a autonomia privada não se identifica com a autonomia econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares. Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais [...]. Os atos da autonomia têm portanto fundamentos diversificados e não devem ser reconduzidos unicamente à liberdade econômica.³⁰¹

Com o mesmo entendimento, encontra-se Pontes de Miranda:

[...] chama-se princípio da liberdade de contratar o de se poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, a líbito, das cláusulas contratuais.³⁰²

Finalmente, antes de adentrar no exame do princípio da livre iniciativa, é necessário dizer que uma parte considerável da doutrina entende que a autonomia da vontade e a autonomia privada são expressões sinônimas, pois ambas possuem o sentido de exaltação à vontade ou à liberdade do indivíduo, nas relações jurídicas privadas. Alguns autores, não obstante, acreditam que a autonomia privada substituiu a antiga autonomia da vontade, visto que a autonomia não é da vontade, mas da pessoa, idéia oriunda do movimento de personalização do Direito Privado; ademais, a vontade estaria em crise, surgindo, no meio social, outros elementos na formação do contrato, como as cláusulas impostas pela lei e pelo Estado (dirigismo contratual), a exploração dos meios de marketing e fatores políticos que influenciariam nas condutas de comportamento; haveria, ainda, uma tendência crescente da estipulação de contratos de adesão, que são maioria no mercado, situação em que a vontade de uma das partes estaria sujeita à do outro estipulante.

No que tange ao princípio da livre iniciativa ou do valor social da livre iniciativa, a Constituição de 1988 faz referência a ele em dois momentos: no art. 1º, inc. IV, quando traz, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no art.170, *caput*, segundo o qual a ordem econômica se funda na

³⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 275-276. Tradução de: Maria Cristina de Cicco.

³⁰² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, título III. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 63.

valorização do trabalho e na livre iniciativa, de forma a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A Constituição, ao garantir a livre iniciativa, demonstra sua clara opção pela manutenção do regime capitalista, porém condicionado este a um estágio menos maléfico e mais humanizado, de forma a possibilitar a real igualdade das partes, através da distribuição eqüitativa da riqueza.

Consoante José Afonso da Silva:

[...] a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trata de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica mas da própria república federativa do Brasil.³⁰³

Na realidade, a empresa é a principal expoente da livre iniciativa. Esta deve ser compreendida como a atividade econômica organizada dos fatores de produção, para a circulação de bens e serviços para o mercado.

Demonstrando o estreito vínculo entre o princípio da livre iniciativa ou do valor social da livre iniciativa e a organização do empreendimento, do trabalho e do modo de produção, Fabíola Santos Albuquerque explica que “a garantia legal da livre iniciativa destina-se ao homem [...] empresário [...], que vai organizar livremente a sua atividade produtiva e portanto definir o que, como, quando e onde produzir.”³⁰⁴

Miguel Reale define o princípio em apreço:

A livre iniciativa não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos [...] arts. 1º e 170 [...] ao direito de livre empresa, pertinente tanto à opção pelo fim econômico visado como à sua organização, sendo a forma de retribuição dos serviços livremente eleita pelos interessados.³⁰⁵

Nesse ponto, Albuquerque ressalta a diferença entre o princípio da liberdade de contratar e o da livre iniciativa, explicando que esse último deve ser compreendido como o

³⁰³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 668.

³⁰⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 83.

³⁰⁵ REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 95.

“poder conferido àquele que vai organizar livremente a sua atividade produtiva e portanto definir o que, como, quando e onde produzir dentro dos limites legais”. Já o segundo, “materIALIZA-SE mediante a liberdade de celebrar contrato, a liberdade de escolher o outro contratante e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato”.³⁰⁶

A autora explica que a livre iniciativa possui um conteúdo social. É devedora da “segurança econômica, da estabilidade no emprego daqueles que vendem sua força de trabalho ao proprietário dos bens de produção, da promoção coletiva e individual dos trabalhadores e do bem-estar de todos que dela dependem diretamente ou indiretamente.”³⁰⁷

Assim, os contratos firmados isoladamente e diuturnamente pelas pessoas em geral, como o contrato de transporte, de compra e venda, de locação, por exemplo, não se confundiriam com o conjunto de atos característicos de uma atividade própria da livre iniciativa. Sem embargo, é pertinente ressaltar que uma das atividades desenvolvidas pelo empresário e empreendedor, com o objetivo de organizar a sua produção empresarial, se consubstancia justamente no ato de firmar contratos, inclusive contratos de trabalho. Não é à toa que o princípio da livre iniciativa deve ser conjugado com o do valor social do trabalho, segundo o próprio dispositivo constitucional *supra* mencionado.

Dessa forma, pode-se dizer que, para os que entendem que os dois princípios albergariam valores estanques, como Albuquerque³⁰⁸ e Ana Prata³⁰⁹, a Constituição não tutelaria o princípio da liberdade de contratar e o seu corolário da autonomia privada.

Por outro lado, para os que entendem que os dois princípios fazem parte de uma mesma realidade, mas com dimensões distintas, como Miguel Reale, o princípio da liberdade de contratar estaria implicitamente previsto na Constituição Federal de 1988, através do princípio da livre iniciativa.³¹⁰

Nessa dissertação, adota-se o segundo posicionamento, expresso na lição de Reale:

[...] a liberdade de contratar – ou, mais amplamente, a liberdade negocial – está constitucionalmente assegurada, mesmo porque a livre iniciativa não passaria de um simulacro se ela, no plano prático de ação, não se pudesse consubstanciar em acordos ou convenções mediante os quais duas ou mais pessoas possam estabelecer campos distintos mas complementares de atividade, em livre competição com os demais.³¹¹

³⁰⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 85.

³⁰⁷ *Idem, ibidem.*

³⁰⁸ Cf. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 73-88.

³⁰⁹ Cf. PRATA, Ana. Tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1988.

³¹⁰ Cf. REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

³¹¹ REALE, Miguel. *Op. cit.*, 1997, p. 21.

Em adição, acredita-se que a autonomia da vontade ou autonomia privada apresenta como fundamento constitucional, além do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 173 da Norma Fundamental, o direito à propriedade privada, disposto no art. 5º, inc. XX da Constituição.

Não se deve olvidar que, como qualquer princípio constitucional, o princípio da livre iniciativa está sujeito a algumas limitações, como o princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e, outrossim, está sujeito às conformações previstas nos princípios norteadores da ordem econômica, tais como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego, entre outros.

Nesse sentido é que alguns autores questionam a denominação dada ao princípio da livre iniciativa, como Fábio Carvalho Leite³¹² e Eros Roberto Grau³¹³. Segundo esses autores, em virtude da própria interpretação gramatical do art. 1º, inc. III, da Constituição, não é possível se compreender o nome do princípio como “livre iniciativa”, mas como “valores sociais da livre iniciativa” para Leite e “valor social da livre iniciativa” para Grau, já que o texto constitucional diz “valores sociais *do* trabalho e *da* livre iniciativa” (grifos nossos).

A diferença é que a nomenclatura “princípio da livre iniciativa” estaria ligada a uma concepção individualista ultrapassada, pertinente ao Estado Liberal, em que o indivíduo teria liberdade absoluta para o exercício da atividade econômica, e não conforme os princípios e valores políticos fundamentais acolhidos pelo legislador constituinte para interpretar e integrar o texto da Constituição, conferindo, assim, coerência a todo o sistema.³¹⁴

Fábio Carvalho Leite critica os inúmeros autores que utilizam a denominação “livre iniciativa” e não “valor social ou valores sociais da livre iniciativa”, que aliás são a esmagadora maioria na doutrina pátria. Em contrapartida, esses mesmos doutrinadores interpretam a primeira parte do art. 1º, inc. III, da Norma Fundamental como o “princípio dos valores sociais do trabalho”, dando ênfase, portanto, aos valores atinentes ao trabalho que devem ser protegidos. Assim, para Leite, da mesma forma que o “princípio dos valores sociais do trabalho” resguarda os valores sociais do trabalho, “o princípio dos valores sociais da livre iniciativa” deverá velar pelos valores que dizem respeito à livre iniciativa. Ademais, esses valores sociais conferem uma dimensão efetivamente concreta ao conteúdo da norma principiológica em apreço.

³¹² Cf. LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC-RJ, v. 9, n. 16, jan./jul. 2000, p. 40-83.

³¹³ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 - interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

³¹⁴ LEITE, Fábio Carvalho. *Op. cit.*, p. 41-44.

Segundo o autor, a livre iniciativa, concebida a partir do seu valor social, exclui de seu significado tudo aquilo que não for social. Elenca ele como valores sociais da livre iniciativa, embora ressaltando que a relação não é taxativa, os seguintes: a atuação do Estado a fim de assegurar o legítimo exercício da livre iniciativa e o exercício dos direitos constitucionalmente assegurados, resultado da tensão entre liberdade e igualdade advinda do Estado Social; os valores expostos no Título I da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a justiça social, a busca da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade solidária, entre outros; a igualdade, tanto no seu aspecto formal, quanto no material, em virtude da democracia; a livre concorrência real, proporcionada pela atuação do Estado em proibir o domínio monopolizado de mercados e o aumento arbitrário dos lucros; e a defesa dos interesses dos consumidores.³¹⁵

Na realidade, constata-se que o autor *supra* citado tem razão ao dizer que, pela interpretação gramatical, o princípio deveria ser denominado como “valor social ou valores sociais da livre iniciativa”. Entretanto, observa-se que ainda que o princípio seja simplesmente identificado como “livre iniciativa”, o que importa é que a ele seja imputado um significado atinente aos valores esculpidos na Constituição de 1988, que venham conformar o conteúdo da livre iniciativa ao paradigma do Estado Democrático de Direito, e não retroceder no tempo, insistindo em uma concepção liberalista retrógrada.

Diante do exposto, pode-se dizer que, sendo o princípio da livre iniciativa, ou dos valores sociais da livre iniciativa, a garantia constitucional que proporciona ao empresário a liberdade de organização do empreendimento, da atividade produtiva e do trabalho, podendo definir o que, como, quando e onde produzir, desde que dentro de certos limites conformadores, conclui-se que o poder empregatício é uma das dimensões da livre iniciativa, já que atribui ao empregador, por meio do contrato, as prerrogativas de dirigir, organizar e fiscalizar o processo produtivo e o trabalho dos empregados.

Os princípios da liberdade de contratar e da livre iniciativa, portanto, seriam tanto os fundamentos constitucionais principiológicos do poder empregatício, como implicariam no estabelecimento das finalidades a serem perseguidas pelo empregador através do exercício desse poder.

Nessa esteira finalística, também vislumbra-se o direito fundamental de propriedade e sua função social, posto que um dos objetivos do empregador, ao dirigir e controlar a

³¹⁵ *Idem*, 63-79.

prestação dos serviços do trabalhador, é justamente proteger o patrimônio empresarial, ou seja, os meios de produção e os bens produzidos.

Sem embargo, ao contrário dos princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa que se relacionam com o contrato e com o empregador como empresa, respectivamente, o direito à propriedade privada não é fundamento constitucional do poder empregatício, já que a propriedade não é substrato jurídico desse poder, como visto alhures.

Durante muito tempo, o direito à propriedade foi considerado absoluto, permitindo que seu titular o exercesse conforme melhor lhe aprouvesse, levando em conta apenas os seus interesses pessoais.

Com a Revolução Francesa, em 1789, que se caracterizou pela ascensão da burguesia ao poder, dele afastando as até então classes dominantes, nobreza e clero, o direito à propriedade privada ganhou ainda mais prestígio.³¹⁶

O Estado Liberal nascente afirmava os valores da igualdade meramente formal entre os indivíduos e da liberdade na esfera jurídica dos particulares, típica do triunfo da retórica burguesa do século XIX, e exacerbava o individualismo. A propriedade, no Código de Napoleão, de 1804, era “vista como uma manifestação interna do indivíduo” e era “absoluta porque correspondia à natural vocação do indivíduo de conservar e fortalecer o que é seu.”³¹⁷

A propriedade liberal, cujo melhor definição foi dada pela escola pandectista alemã³¹⁸, é a emanção das potencialidades subjetivas, constituindo instrumento da soberania individual. A grande revolução promovida pelo conceito de propriedade consagrado pelo

³¹⁶ LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade? Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 3, jan./fev. 2000, p. 72-73.

³¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.2, n.7, jul./set. 2001, p. 70.

³¹⁸ A Escola Pandectista é uma das vertentes da Escola Histórica cujos fundamentos podem ser assim sintetizados: 1º) O direito surge da consciência nacional ou espírito do povo, isto é, das convicções próprias da comunidade, mantidas pela tradição; 2º) O direito evolui espontaneamente, tal como a linguagem, não podendo ser imposto em nome de princípios racionais e abstratos; 3º) O costume é a principal fonte do Direito, cabendo ao legislador ser o intérprete das regras consuetudinárias, transformando-as em leis. O historicismo marcou o pensamento alemão durante o fim do século XVIII e início do século XIX, configurando, no campo filosófico-jurídico, a denominada *escola pandectista do Direito*, representada magistralmente por Savigny. O nome pandectista deriva do fato de os juristas germânicos voltarem a estudar os textos das antigas pandectas romanas. O Pandectismo repelia as teorias jusnaturalistas, bem como qualquer noção absoluta ou abstrata da idéia do direito; considerava este como um corpo de normas positivas a serem estabelecidas com base no sistema “científico” do direito romano; e apresentava pontos de identidade com a escola francesa da exegese, desenvolvida na mesma época. Entretanto, ao passo que os juristas franceses tomavam como ponto de partida a lei positiva, consubstanciada nos códigos promulgados sob Napoleão, os pandectistas, ante a inexistência na Alemanha de uma legislação semelhante, procuravam, inspirando-se nos estudos romanísticos da escola histórica do direito, construir um sistema dogmático de normas, usando como modelo as instituições romanas. Savigny entendia que os códigos fossilizam o direito, por isso se opôs ao movimento de codificação. Cf. VIEGAS, Carlos Henrique de Souza. O Vocabulário e o Esboço de Teixeira de Freitas. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Viegas-Vocabulario-Esboco-Teixeira-de-Freitas.htm>>. Acesso em: 31 dez. 2008; e RICHE, Flávio Elias. Friedrich Karl von Savigny e a Escola Histórica do Direito. Disponível em: <<http://www.geocities.com/flavioriche/Savigny.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

liberalismo foi a interiorização do domínio, ou seja, a descoberta pelo indivíduo de que ele é proprietário.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou, em seu art. 17, a propriedade como um direito sagrado e inviolável, somente admitindo que o titular fosse dela despojado em caso de indiscutível interesse público e após justa indenização.

O Código Civil brasileiro de 1916 foi elaborado sob a influência dos conceitos liberais, concretizados no Código napoleônico e na produção da escola pandectística, e o direito de propriedade apresenta uma estrutura de direito subjetivo, com a afirmação dos poderes do titular do domínio.³¹⁹ Nesse contexto, o Estado deveria existir apenas para preservação dos direitos individuais, como o da propriedade, através do poder coativo.

Durante todo o século XIX e até o início do século XX, a propriedade privada foi encarada como um direito subjetivo quase absoluto, somente cedendo diante das raras hipóteses previstas em lei. Com o advento do Estado Social e a promulgação das Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, a situação começou a mudar.³²⁰

Conforme Gilberto Bercovici, nas primeiras décadas do século XX inicia-se um movimento de relativização dos direitos privados pela sua função social. O bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva da sociedade, para conformar também o indivíduo:

os direitos individuais não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público.³²¹

Nesse sentido, Pietro Perlingieri explica que “os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções socialmente úteis.”³²²

O francês Léon Duguit tem sido considerado como o precursor da moderna concepção do direito de propriedade, lastreada na idéia de que esta deve cumprir a sua função social. Em palestras proferidas em Buenos Aires, em 1911, Duguit expôs a revolucionária idéia de que o proprietário não é, em verdade, titular de um direito subjetivo, mas apenas o detentor da riqueza, uma espécie de gestor de coisa que devia ser socialmente útil.³²³

³¹⁹ Art. 524. A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamento. Código Civil de 1916.

³²⁰ LEONETTI, Carlos Araújo. *Op. cit.*, p. 73.

³²¹ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 73.

³²² PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 38-39, 53-56.

³²³ LEONETTI, Carlos Araújo. *Op. cit.*, p. 73.

Na realidade, ao analisar criticamente o pensamento de Duguit, percebe-se que, segundo a concepção atual da própria Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade continua a ser um direito subjetivo individual, mas passou a ser condicionado ao bem estar da comunidade, de maneira a compatibilizar-se com as finalidades sociais. A função social não é a negação da idéia de propriedade privada, mas é compatível com ela, e com a noção de direito subjetivo.

Fazendo-se uma retrospectiva das Constituições brasileiras, observa-se que até a Norma Constitucional de 1891 o direito à propriedade privada era absoluto, cedendo apenas diante de sua desapropriação pelo poder público, mediante justa indenização. Com a Constituição de 1934, o direito à propriedade passou a ser condicionado à sua função social, sob a influência da Constituição de Weimar. Com vida curta, essa Constituição foi revogada pela Carta de 1937, que não repetiu o tratamento dado ao tema pela antecessora. A Constituição de 1946 restaurou a função social da propriedade, incluindo-a entre os princípios regentes da ordem econômica e social, o que foi mantido pela Constituição de 1967 que, não obstante, consagrou, entre os direitos individuais, o de propriedade, sem nenhum condicionamento, salvo os casos de desapropriação.

A Constituição de 1988 inovou substancialmente o tratamento dado à matéria, pois, além de incluir o direito de propriedade e a sua função social entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, incisos XXII e XXIII), conferindo-lhes *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso IV), manteve a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica e, ainda, tratou de prever os requisitos mediante os quais a propriedade de bens imóveis, urbanos ou rurais, cumprem a sua função social.

Consoante Carlos Araújo Leonetti, ao asseverar, no inciso XXII, que “é garantido o direito de propriedade”, e, logo no inciso XXIII, ao dizer que “a propriedade atenderá a sua função social”, o “constituente de 1988 deixou claro que todo o direito à propriedade está condicionado a que esta cumpra a sua função social.”³²⁴

É importante ressaltar que, ao manter a função social da propriedade, como um dos princípios que regem a ordem econômica, ao lado da propriedade, o constituinte relativizou o direito à propriedade particular. Segundo José Afonso da Silva:

³²⁴ Na verdade, a disposição dos textos em incisos diferentes foi fruto da redação do texto constitucional por diversas comissões temáticas que, por sua vez, eram divididas em subcomissões, o que gerou superposições e um detalhismo às vezes prolixo, casuístico e inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. Ademais, a acirrada disputa entre as forças conservadoras, representada pelo chamado “centrão”, e os progressistas, que expressavam os interesses de diversos setores sociais, na fase final das votações, fez com que algumas matérias, como a atinente à propriedade, fosse tratada em mais de uma proposta distinta, por meio de sistema de “destaques”, o que possibilitou situações como a dos incisos XXII e XXIII do art. 5º. Cf. LEONETTI, Carlos Araújo. *Op. cit.*, p. 77.

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-a aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela, só ela é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.³²⁵

Ademais, como admitido por Eros Grau, o princípio da função social não se restringe aos bens de produção na esfera econômica, mas afeta, também, “a propriedade detida para fins de especulação ou acumulação sem destinação ao uso a que se volta”.³²⁶

Para Leonetti, a expressão propriedade, nos arts. 5º e 170, da Constituição, é utilizada em sentido amplo, de forma a englobar a titularidade de quaisquer bens do particular, sejam de natureza corpórea, ou não.³²⁷

Mesmo com essas inovações constitucionais, até algum tempo atrás, a doutrina tradicional sustentava que o direito de propriedade era regido pelo Código Civil e que a Constituição serviria apenas como limite ao legislador ordinário.

Atualmente, entretanto, com o movimento de constitucionalização ou publicização dos diversos ramos do Direito, sobretudo do Direito Privado, essa visão não é mais predominante, posto que a tendência atual é de despatrimonialização e de repersonalização do Direito Civil, com a valorização máxima da dignidade da pessoa humana e não do patrimônio.³²⁸

A Constituição sucede o Código Civil enquanto centro do sistema de Direito Privado: a “norma constitucional é a razão primária e justificadora da relevância jurídica, incidindo diretamente sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as conforme os valores constitucionalmente consagrados”.³²⁹ Assim, o Código Civil e a legislação extravagante, em matéria de propriedade, estão em vigor naquilo em que não contrariem a Constituição.

Karl Renner, citado por José Afonso da Silva, através do processo de funcionalização da propriedade, analisa como a função social se modifica com as mudanças nas relações produtivas, transformando a propriedade capitalista, sem socializá-la. Com isto, a função social da propriedade torna-se o fundamento do regime jurídico de propriedade, de seu reconhecimento e da sua garantia, dizendo respeito ao seu próprio conteúdo.³³⁰

³²⁵ SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 690.

³²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, 246-247.

³²⁷ LEONETTI, Carlos Araújo. *Op. cit.*, p. 79.

³²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: MENEZES, Carlos Alberto (Org.). Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 310-311.

³²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 11-12.

³³⁰ SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 285-286.

É importante dizer que, quando se fala em função social não se está fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício de propriedade, mas não a sua substância. A função social é uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade, deixando o direito de propriedade de ser absoluto.

Para Bercovici:

A função social da propriedade [...] é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral.³³¹

A expressão “função” significa o poder de dar à propriedade determinado destino, de vinculá-la a um objetivo. O qualificativo social indica que esse objetivo deve corresponder ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário.

A norma que contém o princípio da função social da propriedade é de eficácia plena e de aplicação imediata, interferindo com a estrutura e o conceito de propriedade, de forma a criar um novo regime jurídico para esse instituto, transformando-o numa instituição de Direito Público.

A função social da propriedade, ademais, é um princípio que deve ser observado, pelos juízes e demais operadores do Direito, como critério de interpretação da disciplina do direito de propriedade.

Diante do exposto, pode-se concluir que a função social da propriedade vem impor um comportamento positivo ao proprietário da empresa, inclusive quando do exercício do poder diretivo com o intuito de proteger o patrimônio empresarial – meios de produção e bens produzidos –, no sentido de que a empresa deve ser sempre utilizada em benefício da coletividade e não apenas para exercer a atividade empresarial sem prejudicar a outrem, como preconizava a visão de mundo liberal e as Constituições a ela correspondentes.

De acordo com Valter Nazareno Farias:

[...] o domínio sobre os bens de produção dá suporte à livre iniciativa, que conseqüentemente, é o sustentáculo da atividade econômica do país. Porém, por sua função social, podemos afirmar que no exercício deste direito o proprietário não pode exercer o seu direito como mero veículo de acumulação de riqueza ou especulação. Ao contrário, há uma afetação desta propriedade a um fim social, em

³³¹ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 76.

busca de assegurar a todos a existência digna confirme os ditames da justiça social [...]”³³²

Estudadas as bases jurídico-constitucionais do poder empregatício, faz-se necessário fazer uma breve análise acerca da natureza jurídica desse poder. Ou seja, pela definição desse instituto, busca-se-á posicioná-lo entre as figuras que lhe são próximas, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.

4.4 Natureza jurídica do poder empregatício

Existem basicamente cinco teorias que tentam explicar a natureza jurídica do poder empregatício definindo-o como: direito potestativo, direito subjetivo, dotado de caráter senhorial ou hierárquico, direito-função e relação jurídica contratual complexa.

Para a primeira teoria, o poder empregatício teria natureza jurídica de expressão do exercício de poder potestativo que, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, define-se como a “[...] prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade. O poder, em suma, de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e automático.”³³³ A esse poder, haveria, como contraponto, a existência de um dever de acatamento da parte contrária ou da comunidade em geral.

Karl Larenz, citado por Alice Monteiro de Barros, explica que o poder potestativo é o “que habilita uma pessoa a estabelecer uma relação jurídica com outra ou a determiná-la especificamente em seu conteúdo, modificá-la ou extingui-la mediante uma declaração de vontade unilateral.”³³⁴

Essa concepção individualista conferia formalização jurídica ao despotismo intra-empresarial, que foi característico do sistema de organização da produção e do trabalho nas primeiras fases do capitalismo.

Delgado, não obstante, esclarece que essa visão foi perdendo relevância, pois além de não explicar adequadamente a emergência da participação obreira no estabelecimento e na

³³² FARIAS, Valter Nazareno. A função social da propriedade como cláusula geral. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.8, n.32, out. 2007, p. 306.

³³³ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício, *op. cit.*, p. 181.

³³⁴ LARENZ, Karl *apud* GIL Y GIL, José Luiz. Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa. Madrid: Din Impresores S. L., 1994, p. 35 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 571.

empresa, apresentava um conceito limitado, incapaz de traduzir as manifestações concretas do poder intra-empresarial.³³⁵

Nesse contexto, surge a teoria que tenta classificar o poder empregatício como um direito subjetivo, prerrogativa conferida pela ordem jurídica, ao titular, de agir para a satisfação de interesse próprio, em estrita conformidade com a norma ou cláusula contratual protegida. Ao direito subjetivo contrapõe-se uma obrigação.³³⁶

Para Delgado, a concepção de direito subjetivo tem como ponto positivo civilizar “as prerrogativas inerentes ao poder empresarial, submetendo-as às induções normativas gerais da ordem jurídica [...] reduzindo a amplitude da força da só vontade empresarial.”³³⁷. Contudo, o avanço dessa teoria foi modesto, pois “não ultrapassa a percepção unilateral, rígida e assimétrica do fenômeno, já que mantém no empresário a isolada titularidade de uma vantagem propiciada pela conduta em conformidade com a ordem jurídica.”³³⁸

A terceira vertente considera que o poder empregatício tem natureza de fenômeno senhorial, hierárquico ou de *status* jurídico, que, consoante Alice Monteiro de Barros, pode ser conceituado como “[...] um atributo natural do empregador, enquanto se concretiza como organizador dos fatores de produção [...]”.³³⁹

Segundo Delgado, essa corrente, de clara matriz institucionalista, considera a empresa como uma instituição que sujeita os obreiros aos seus interesses, sendo que o poder se legitima pela busca de um interesse comunitário. Algumas parcelas da doutrina hierárquica germânica justrabalhistas, denominada organicista, chegaram a focar a questão do poder empregatício como o exercício da senhoria, ou seja, o empregador comandaria o empregado como seu senhor, seu proprietário, refletindo absoluta assincronia e unilateralidade de posições. Finalmente, uma terceira variante, de cunho corporativista, embora admitindo o contrato como título jurídico intra-empresarial, insere esse poder em uma estrutura e dinâmica rígidas, supressoras de qualquer potencial de interação entre as partes contratantes.³⁴⁰

A insuficiência das linhas teóricas até então existentes conduziu à formulação de uma teoria que incorporasse o processo dialético vivenciado pelo fenômeno do poder empregatício na sociedade contemporânea. Denominada de direito-função, consiste na atribuição de poder ao titular para agir em tutela de interesse da comunidade dos trabalhadores contratados e não

³³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 181

³³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 650-651.

³³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 182.

³³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 651.

³³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. *Op. cit.*, p. 575.

³⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 652-653.

em seu exclusivo interesse, de maneira que o titular do direito possui deveres, além das prerrogativas que lhe são favoráveis.³⁴¹

Conforme Amauri Mascaro do Nascimento, “direito-função é a imposição do exercício de uma função pela norma jurídica a alguém, com o que o titular do direito passa a ter obrigações”.³⁴²

Octavio Bueno Magano entende que o direito-função se caracteriza “[...] quando o sujeito ativo lança mão de seu direito para satisfazer interesse de terceiro – via de regra do grupo a que pertence – e não o seu próprio interesse.”³⁴³

Delgado, apesar de entender que essa percepção é a primeira a se mostrar sensível à questão da participação obreira no contexto empresarial interno e aos efeitos decorrentes dessa participação, aduz que o avanço teórico é claramente limitado, vez que o unilateralismo se preserva nessa concepção, sendo apenas atenuado em relação ao momento do alcance dos efeitos decorrentes do exercício do direito-função, quando alguns obreiros são contemplados, e não no momento de formulação desses efeitos.³⁴⁴

Em adição, Magano pondera que:

O esquema é praticamente o mesmo da concepção tradicional, do poder diretivo como emanção de direito potestativo: de um lado, o poder do empregador; de outro lado, a sujeição do empregado, manifestada por intermédio do dever de obediência. 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.³⁴⁵

Diante dessas constatações, Delgado formula uma nova teoria denominada teoria da relação jurídica contratual complexa, segundo a qual o “poder intra-empresarial é uma relação jurídica complexa, qualificada pela plasticidade de sua configuração e pela intensidade variável do peso de seus sujeitos componentes”³⁴⁶, ou seja, de assimetria variável entre empregador e empregado, considerados em sua projeção individual e coletiva, mediante a qual se prevêm, se alcançam ou se sancionam condutas no plano do estabelecimento e da empresa.

De acordo com Delgado, somente essa concepção do poder empregatício é capaz de “captar e reter o núcleo do fenômeno em contraponto com as modificações relevantes por que

³⁴¹ *Idem*, p. 185-186.

³⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p. 204.

³⁴³ MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, p. 28-29.

³⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. *Op. cit.*, p. 186-187.

³⁴⁵ MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, 1982, p. 65.

³⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. *Op. cit.*, p. 191.

vem passando, em seu conjunto, ao longo dos últimos dois séculos”. Ou seja, ela abarca “todas as possibilidades históricas concretas de configuração dos denominados poder diretivo e disciplinar”, dando conta de desde as situações mais autocráticas, assimétricas e rígidas vivenciadas pela experiência juspolítica, no que tange ao poder intra-empresarial, até as situações mais democráticas, igualitárias e flexíveis que se têm construído nas democracias mais consolidadas.³⁴⁷

Ademais, o autor explica que essa concepção abrange uma complexidade dialética, quer no plano subjetivo – o plano das vontades intervenientes na relação de poder, quer no plano objetivo – o plano do conteúdo concreto dessa relação e do seu nível específico de assimetria entre os sujeitos:

O poder intra-empresarial não é um poder do empregador (e, obviamente, nem do empregado). É uma relação de poder própria a uma realidade sócio-econômica e jurídica específica, a relação de emprego. É, assim, um poder empregatício, um poder específico à relação e contrato empregatícios e não a um único de seus sujeitos. É relação que assume intensidade e sincronia distintas quanto à participação de sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder.³⁴⁸

Constata-se que realmente essa concepção tem como mérito, em relação às anteriores, o fato de levar em conta a assimetria entre os sujeitos da relação de emprego, configurando-se como hábil para explicar o fenômeno do poder, mesmo diante das modificações por que passa a sociedade ao longo da história.

4.5 O poder diretivo do empregador e suas dimensões

O poder empregatício engloba várias dimensões, como a organização do trabalho, a regulamentação através de instruções, o controle e a fiscalização do modo de realização do trabalho e a aplicação de penalidades.

É necessário explicar que existem inúmeras classificações no que tange à nomenclatura dessas dimensões do poder empregatício, embora, em essência, essas nuances do poder sempre estejam presentes nas classificações dos doutrinadores, com uma ou outra denominação.

³⁴⁷ *Idem*, p. 191-192.

³⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 193-194.

Maurício Godinho Delgado, por exemplo, entende que o poder diretivo abarcaria o poder regulamentar e o fiscalizatório, enquanto o poder disciplinar, em virtude de ter alcançado certa amplitude, consistência e identidade próprias, poderia ser considerado um poder com uma certa autonomia em relação ao poder diretivo. Por isso mesmo, prefere o autor a nomenclatura *poder empregatício* que englobaria todas as dimensões, inclusive o poder disciplinar.³⁴⁹

Evaristo de Mores Filho³⁵⁰ e Arnaldo Sussekünd³⁵¹ adotam a terminologia poder hierárquico, admitindo que ele se manifesta por intermédio do poder diretivo, do qual o poder disciplinar é corolário.

Alice Monteiro de Barros segue a linha segundo a qual a autoridade exterioriza-se pelo poder de direção e torna-se efetiva pelo poder disciplinar. Já o poder de fiscalização nada mais é do que uma das faculdades compreendidas no conteúdo do poder diretivo.

Na verdade, nessa dissertação parte-se do entendimento de que o poder diretivo engloba as prerrogativas de regulamentação, fiscalização, controle e direção do processo produtivo e do trabalho dos empregados, e o poder disciplinar, embora seja também uma dimensão desse poder em virtude de suas peculiaridades, deve ser estudado separadamente. Dessa forma, serão aqui analisadas as dimensões do poder empregatício.

O poder hierárquico é conceituado por Luiz José de Mesquita, citado por Alice Monteiro de Barros, como:

A faculdade em virtude da qual uma pessoa, o sujeito ativo chamado superior hierárquico, exerce um direito-função sobre a atividade humana profissional de outra, o sujeito passivo, chamado de inferior hierárquico, segundo o interesse social da instituição, para legislar, governar e sancionar, no que respeita à ordem profissional da empresa.³⁵²

Já Delgado entende que o poder hierárquico constituiria num conjunto de atribuições referentes à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.³⁵³

O termo poder hierárquico, não obstante, é criticado por autores como Barros³⁵⁴ e Delgado³⁵⁵, por constituir ranço do corporativismo, revelando sua face autoritária e

³⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 631.

³⁵⁰ Cf. MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1971, p. 240.

³⁵¹ Cf. SUSSEKÜND, Arnaldo. Comentários à CLT. São Paulo: LTr, [19-], p. 82.

³⁵² MESQUITA, Luiz José de. Direito disciplinar do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 48 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. *Op. cit.*, p. 569.

³⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 175.

³⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 569.

retrógrada, incompatível com a democrática configuração contemporânea do fenômeno do poder intra-empresarial, além de não guardar tradição no Direito brasileiro.

Para Delgado, o poder diretivo, organizativo ou de comando:

Seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.³⁵⁶

Márcio Túlio Viana, citando Magano, entende que o poder diretivo se divide em poder de organização e poder diretivo *stricto sensu*, sendo o primeiro “[...] a capacidade de o empresário determinar a estrutura técnica e econômica da empresa, bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta [...]” e o segundo “a capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo à atividade do trabalhador, visando à realização das atividades da empresa”.³⁵⁷

O poder diretivo consiste, dessa forma, na prerrogativa de organizar a estrutura e o espaço empresariais internos e o modo de realização do trabalho, e especificar e orientar a prestação de serviços, inclusive por meio de instruções diretas e pessoais a cada trabalhador ou através de regulamentos escritos, circulares e ordens de serviço.

Alice Monteiro de Barros aduz que o poder diretivo compreende três funções: as decisões executivas, que dizem respeito à organização do trabalho, manifestando-se através de atos meramente constitutivos; as instruções, que se exteriorizam por intermédio de ordens ou recomendações; e a função de controle, que consiste na faculdade de o empregador fiscalizar as atividades profissionais do empregado.³⁵⁸

A autora explica que, do exercício da função de instrução, surge para o empregado, em virtude de sua subordinação jurídica, o dever de obediência, cuja violação poderá ensejar ato de indisciplina ou insubordinação, nos termos do art. 482, alínea “h”, da CLT e, também, o dever de diligência, de agir com zelo, interesse e perícia em decorrência de sua colaboração com a empresa que, se violado, traduz a desídia, implicando na aplicação de penalidades que poderão chegar ao grau máximo, traduzida pela dispensa sem justa causa (art. 462, § 1º, da CLT).³⁵⁹

³⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 631.

³⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 631.

³⁵⁷ MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, p. 98, 244-245 *apud* VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência. São Paulo: LTr, 1996, p. 122.

³⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 574.

³⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. *Op. cit.*, p. 570-571.

O empregado tem, ainda, o dever de fidelidade, que se manifesta através da idéia genérica de correção e dever de sigilo, e se o trabalhador agir de forma contrária a essas idéias poderá ensejar justa causa, nos termos do art. 482 da CLT, se se enquadrar nas hipóteses de negociação habitual por conta própria ou alheia que constitua ato de concorrência ao empregador ou que lhe acarrete prejuízos e, outrossim, a violação de segredo de empresa relacionado com inventos, métodos de fabricação etc.

Uma primeira dimensão do poder diretivo, segundo Amauri Mascaro do Nascimento, é o poder de organização que dá ao empregador a prerrogativa de definir os fins econômicos visados pelo empreendimento, de determinar a estrutura jurídica a ser adotada, de criar e administrar os cargos e funções que serão preenchidos pelos trabalhadores, segundo as necessidades decorrentes da atividade econômica e de elaborar um regulamento de empresa.³⁶⁰

O poder regulamentar é, de acordo com Sérgio Pinto Martins, a prerrogativa de fixar:

[...] um conjunto sistemático de regras, escritas ou não, estabelecidas pelo empregador, com ou sem a participação dos trabalhadores, para tratar de questões de ordem técnica ou disciplinar no âmbito da empresa, organizando o trabalho e a produção.³⁶¹

Para a grande parte da doutrina, o poder regulamentar é considerado como uma das expressões do poder diretivo do empregador, o de organizar a produção e o trabalho, além de estabelecer normas disciplinares dentro da empresa. Nesse sentido, Delgado cita Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

O poder regulamentar da empresa é ainda a mais eminente prerrogativa de seus dirigentes, a pedra de toque da disciplina interna, o sismógrafo que registra os abalos por que passa a sua estrutura no direito contemporâneo.³⁶²

O poder regulamentar se expressa através de meios formais e informais de comunicação com o público intra-empresarial, abarcando desde instruções diretas e pessoais a cada trabalhador até a expedição de regras gerais – regulamentos escritos, circulares e ordens de serviço³⁶³, por exemplo.

³⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, p. 205.

³⁶¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 14 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2001, p.184.

³⁶² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 75 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. *Op. cit.*, p. 177.

³⁶³ Sérgio Pinto Martins exclui os avisos e circulares existentes na empresa do regulamento, pois acredita que esse é um conjunto sistematizado de regras e não documentos separados. Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p.185.

No Brasil, são também utilizadas as expressões regulamento de trabalho, de fábrica ou de serviço para denominar o regulamento de empresa. Ele difere do contrato de trabalho, posto que esse sempre vai existir, mesmo sendo verbal, enquanto o regulamento empresarial nem sempre. Também se diferencia dos instrumentos coletivos, pois nesses sempre haverá um acordo de vontades, e as cláusulas do regulamento podem ser impostas aos trabalhadores.

Martins vislumbra no regulamento de empresa uma natureza jurídica mista, pois haveria tanto aspectos contratuais, em que as próprias partes podem fixar condições de trabalho (salários, férias, horário de trabalho etc.) como institucionais, decorrentes do poder do empregador de estabelecer regras no âmbito da empresa, como uma verdadeira lei interna do empregador.³⁶⁴

O autor ressalta a finalidade do regulamento empresarial:

O regulamento vai uniformizar as questões de trabalho dentro da empresa, estabelecendo certos padrões que deverão ser seguidos pelo empregador e pelos empregados. Não se pode pretender, entretanto, que o regulamento de empresa vá regular todas as atividades desenvolvidas no seio da empresa, nem que vá tratar apenas das atividades do trabalhador; ao contrário, vai versar sobre direitos e deveres do empregador e do empregado.³⁶⁵

O regulamento de empresa tem importância crucial no objeto de estudo dessa dissertação posto que, através dele, podem ser estabelecidas normas atinentes às revistas dos empregados, por meios eletrônicos ou não, à utilização desses meios para fomento da atividade empresarial, para controle e fiscalização da atividade do empregado e de sua produtividade e, também, para a segurança do estabelecimento.

Dessa forma, se a empresa possuir um regulamento que expresse claramente como serão utilizados esses aparatos no ambiente de trabalho, esse fato influenciará sobremaneira na análise da colisão entre a intimidade e a privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, fundado nos princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa.

O regulamento empresarial pode ser por tempo determinado ou indeterminado, sendo que os trabalhadores que ingressarem na empresa irão aderir automaticamente a suas cláusulas, que passam a fazer parte integrante de seus contratos de trabalho. Assim, o regulamento passa a ter validade para o obreiro a partir da data de sua admissão na empresa, quando toma conhecimento do regulamento.

Segundo Delgado, o “poder regulamentar [...] não tem o condão de produzir efetivas normas jurídicas mas, sim, meras cláusulas contratuais [...] que aderem ao contrato. [...]”, ou

³⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p.186.

³⁶⁵ *Idem*, p.184.

seja, o regulamento empresarial é composto por simples cláusulas obrigacionais. Assim, embora os diplomas regulamentares possuam regras gerais, abstratas e de cumprimento obrigatório no contexto empregatício, “[...] resultam, em geral, do exercício unilateral de vontade do empregador, faltando-lhes, pois, o caráter dialético que tende a caracterizar as normas jurídicas. Isso significa que aos regulamentos não se aplica o critério geral de revogação de normas jurídicas, pelo qual uma norma jurídica revoga a precedente, produzindo efeitos imediatos e gerais. Aplica-se-lhes, “ao revés, o critério determinador da imutabilidade das cláusulas contratuais (art. 468, CLT), pelo qual a modificação do diploma intra-empresarial não atinge as cláusulas anteriormente estabelecidas e incidentes” nos contratos individuais, a não ser que se trate de alteração mais favorável.³⁶⁶

Martins ressalta que, por meio do regulamento, o empregador não pode alterar ou suprimir vantagem já conquistada pelo trabalhador, ou contrariar as normas legais de proteção do trabalho, as normas coletivas da categoria, a moral e os bons costumes, a não ser que o regulamento vise estabelecer condições mais favoráveis ao trabalhador.³⁶⁷

Nesse sentido, como as cláusulas regulamentares inserem-se no contrato de trabalho, as alterações unilaterais ou mesmo bilaterais do regulamento encontram obstáculo no art. 468 da CLT. O empregador poderá modificar as cláusulas que digam respeito a questões técnicas da empresa, mas não as que importem em violações a direitos dos trabalhadores, que deverão ser analisadas em consonância com o mencionado dispositivo legal.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, em sua Súmula 51, estabelece que as cláusulas que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

O poder de vigilância, fiscalização ou controle se concretiza nas atividades de acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e na própria vigilância efetivada no ambiente de trabalho. Para uma parte da doutrina, esse poder seria uma simples manifestação do poder diretivo, em geral realizada como pressuposto do poder disciplinar.

Como exemplos do exercício dessa função estariam as revistas, feitas ou não por meio de aparelhos eletrônicos, a utilização de circuito interno de televisão e de polígrafos, a utilização de *softwares* de rastreamento das atividades desenvolvidas pelo empregado no computador, bem como dos *sites* visitados e dos *e-mails* enviados, o controle de horário e de freqüência, a prestação de contas em certas funções, entre outras.

³⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 633-634.

³⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, 2001, p.189-190.

Finalmente, o poder disciplinar “traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato”³⁶⁸, visando a manutenção da ordem e a harmonia no ambiente de trabalho.

Márcio Túlio Viana, valendo-se das lições de Magano³⁶⁹, define o poder disciplinar como “[...] complemento do poder diretivo, o qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último”.³⁷⁰

O vocábulo *disciplina* advém da palavra latina *disciplina*, cognata da forma grega *didaskô*, “ensinar”. Disciplina tem relação com aprendizagem. A “[...] disciplina não se impõe. A autêntica disciplina é a disciplina consciente, a autodisciplina, aquela que se observa espontaneamente [...]”.³⁷¹

Delgado ressalta que essa dimensão do poder empregatício, embora possa também ser considerada simples dimensão ou corolário do poder de direção, tem sido identificada em seara conceitual própria, em virtude de figuras jurídicas específicas ao seu exercício, como as noções de ilícito trabalhista, sanção e procedimento punitivo.³⁷²

De maneira sucinta, pode-se dizer que, no Brasil, as penalidades permitidas são a advertência, a suspensão do empregado de até no máximo 30 (trinta) dias (art. 474, da CLT³⁷³) e a despedida por justa causa, além da multa no caso dos jogadores de futebol, possibilidade estabelecida no ordenamento pelo art. 28³⁷⁴ da Lei n. 9.615 de 1998. São vedadas a transferência com caráter punitivo, o rebaixamento ou a redução salarial (exceto no caso de retrocesso, nos termos do parágrafo único do art. 468 da CLT).

Ao aplicar a medida disciplinar, o empregador deverá se ater à tipicidade da conduta obreira e sua gravidade; à autoria da infração e o dolo ou culpa do agente; ao nexo de causalidade entre a falta e a punição; à imediatidade da sanção, sob pena de perdão tácito; à proporcionalidade entre o comportamento faltoso e a pena aplicada; à proibição de dupla

³⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 595.

³⁶⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, p. 244-245.

³⁷⁰ VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência. *Op. cit.*, p. 123

³⁷¹ ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 22.

³⁷² DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 178.

³⁷³ Art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). MANNRICH, Nelson (Org.). 8 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 291. Essa norma dispõe que, se a penalidade tiver duração maior, terá os mesmos efeitos que a dispensa sem justa causa, assegurados ao empregado os direitos da ruptura do contrato pelo empregador.

³⁷⁴ BRASIL. Lei n. 9.615 de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União de 25 de março de 1988. Art. 28, *caput*. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

penalidade pela mesma falta; à aplicação de sanções iguais aos empregados que praticaram a mesma falta; e ao caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar.

Embora haja entendimento majoritário no sentido de o juiz não poder modificar a pena aplicada pelo empregador, mas somente anulá-la, visto que o magistrado estaria intervindo no poder discricionário daquele, hoje já existe uma vertente que entende que, se o juiz pode mais, ou seja, anular a pena, poderia também menos, isto é, dosar a pena aplicada.

É importante salientar que, tal como o poder diretivo, o poder disciplinar também tem sido objeto de crescente democratização, em especial nas experiências mais consistentes da democracia ocidental.³⁷⁵

Nesse sentido, Enoque Ribeiro dos Santos tece uma crítica ao ordenamento jurídico brasileiro, que não prevê qualquer procedimento especial para a aferição das faltas e aplicação das penas no contexto intra-empresarial que assegure ampla defesa ao empregado, e muito menos fala da co-participação e co-responsabilização no instante de aplicação de penas, ou seja, a avaliação e aplicação da pena seria um ato unilateral do empregador, sem necessidade de consulta a um órgão coletivo obreiro.³⁷⁶

A partir do estudo de direito comparado, o autor constata que já existe uma forte tendência de limitar o poder disciplinar do empregador, em consonância com os princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, o que é feito na prática pela discussão com as organizações obreiras e pelas negociações coletivas, bem como por meio de comissões internas de empregados. Essa nova conformação do poder seria denominada de poder disciplinar compartilhado.³⁷⁷

Antes da conclusão desse tópico, é importante ressaltar que existem limites ao poder diretivo do empregador, nas várias dimensões em que se manifesta. Assim, a título do exercício do poder, o empregador não poderá ignorar os direitos do empregado previstos na Constituição, na legislação trabalhista e previdenciária, nas normas coletivas, no regulamento das empresas e no contrato individual. Ademais, deverão ser observados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, além dos direitos fundamentais individuais do trabalhador, tais como o direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada, que incidem nas relações jurídicas de trabalho.

O fato de o poder empregatício ser oriundo do contrato cria para o empregado um estado de subordinação jurídica e não de sujeição pessoal, de modo que o trabalhador, diante

³⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op. cit.*, p. 179.

³⁷⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro. Limites ao poder disciplinar do empregador. A tese do poder disciplinar compartilhado. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre, v.19,n.223, jan. 2008, p. 59-60.

³⁷⁷ *Idem*, p. 70.

de ordens ilícitas dadas pelo empregador, poderá exercer o seu direito de resistência (*jus resistentiae*). Nesse caso, a recusa ao cumprimento de ordens ilícitas não caracterizará falta trabalhista do obreiro.³⁷⁸

Sem embargo, em face da falta de estabilidade no emprego na ordem jurídica brasileira para a maioria dos trabalhadores e da sua parca participação no poder intra-empresarial, tendem a ser muito precárias as possibilidades reais de resistência do empregado no âmbito da relação de emprego.

Nessa dissertação, os limites ao poder diretivo do empregador a serem estudados são os direitos à intimidade e à privacidade do empregador em face da utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho. No próximo capítulo, far-se-á um estudo da aplicabilidade e da eficácia jurídica dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas, de maneira a traçar um fio condutor que conduza à viabilidade da eficácia direta, na relação de emprego, do direito à propriedade privada do empregador e dos direitos à intimidade e privacidade do empregado.

³⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, 679-680.

5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

5.1 As normas de direitos fundamentais

Inicialmente, antes de adentrar nas teorias existentes acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, é necessário apresentar alguns pontos principais da teoria dos direitos fundamentais, quais sejam a natureza dos princípios, a diferença entre princípios e regras através da análise de seu conteúdo, de sua estrutura e aplicação, a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, bem como estudar o fenômeno de constitucionalização do direito privado.

Os direitos fundamentais apresentam-se como uma importante categoria jurídica que se insere na fase denominada de pós-positivismo. Fazendo-se uma rápida retrospectiva, observa-se que, no final do século XIX, o positivismo filosófico ganha força no cenário da ciência, fruto de uma crença exarcebada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, através da pretensão de se criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. Esse movimento teve como elementos propulsores o surgimento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, fatores responsáveis por suplantar o jusnaturalismo, considerado metafísico e anticientífico.

O positivismo pregava a separação completa entre o campo jurídico e o da moral e a concepção de que o processo de aplicação das normas deveria se valer apenas da racionalidade formal, cingindo-se à subsunção do fato ao dispositivo normativo. A atividade do aplicador do Direito era reduzida à declaração do que já estava pronto, não sobrando espaço para a interpretação das leis.

Nesse sentido, o Direito é compreendido como norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Assim, não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.³⁷⁸

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do Direito Brasileiro. Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul, v.5, n.19, maio/jun. 2003, p.55.

Ronald Dworkin, citado por Sidney Guerra, tece uma crítica ao positivismo, pois este seria um modelo voltado para um sistema de regras, cuja noção central de um único teste fundamental para o direito força as pessoas a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.³⁷⁹

A crise do positivismo jurídico ao fim da Segunda Guerra, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha – movimentos que ascenderam ao poder e dentro do quadro da legalidade vigente promoveram a barbárie em nome da lei – abriu caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função e sua interpretação. Esse movimento é denominado de pós-positivismo e designa um ideário difuso, “no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”.³⁸⁰

De acordo com Daniel Sarmento, o movimento acredita na razão e no Direito como instrumento de promoção de mudanças sociais e busca, recorrendo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalizar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica.³⁸¹

Dessa forma, tem sido grande o esforço dos estudiosos em criar um arcabouço teórico que transforme o avanço filosófico em instrumental técnico jurídico aplicável aos problemas concretos. Nessa esteira, surgiram as reflexões sobre a força normativa da Constituições, a conseqüente concepção dos princípios como espécie do gênero norma, a estruturação dos direitos fundamentais como normas principiológicas e as técnicas de solução de colisões entre princípios.

No que tange aos princípios, na fase positivista a eles eram atribuídos uma função meramente subsidiária e supletiva na ordem jurídica, ou seja, eles apenas seriam aplicados quando houvesse lacuna legal, como meio de integração do Direito. No campo do Direito Constitucional, eles eram classificados como normas não auto-aplicáveis, ou seja, não se lhes reconhecia nenhuma eficácia jurídica. Com a crise do positivismo, os princípios passam a ser reconhecidos como normas jurídicas e, conseqüentemente, nasce a possibilidade de que eles poderiam possuir alguma eficácia jurídica.

³⁷⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-28.

³⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p.56.

³⁸¹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 57.

De acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paulo de Barcellos:

Os princípios tiveram de conquistar um *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.³⁸²

Os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio, situando-se no ápice da pirâmide normativa. O ilustre doutrinador alemão Robert Alexy afirma que um princípio comanda a realização de um fim, constituído por um valor, que deverá ser buscado por meio de condutas, ou seja, ações e omissões. Assim, uma norma-princípio implica um conjunto de normas-regra que regerão as condutas capazes de realizar o fim prescrito naquele mesmo princípio.³⁸³

Alexy aponta a importância de se fazer a distinção entre os princípios e as regras:

ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.³⁸⁴

Antes a distinção entre princípios e regras fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade, ou seja, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem, e os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações.

Nos últimos anos, todavia, a distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio tornou-se um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista. Segundo Barroso e Barcelos, a Constituição passa a ser encarada “como um sistema aberto de princípios³⁸⁵ e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel fundamental”³⁸⁶. A mudança de paradigma nessa matéria deve

³⁸² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p.56.

³⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 135-138. Trad. Ernesto Garzón Valdés.

³⁸⁴ *Idem*, p. 81.

³⁸⁵ Os princípios, pela plasticidade que lhes é inerente, têm como acomodar mais facilmente alterações em seu sentido, o que permite a atualização dos ditames constitucionais em virtude das mudanças que ocorrem na sociedade com o passar dos tempos.

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p.57. De acordo com os autores, o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada entre princípios e regras, nos quais as regras

especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy no que tange à diferenciação entre princípios e regras.

Entre os vários critérios distintivos entre princípios e regras destacam-se três: o de conteúdo, o da estrutura normativa e o das particularidades de aplicação. Quanto ao conteúdo, os princípios são normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não foi transferida ao intérprete.

Quanto à estrutura normativa, a regra especifica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado, enquanto os princípios indicam fins, estados ideais a serem alcançados. As regras jurídicas configuram normas de amplitude localizada, de elevada densidade semântica, que regulam casos específicos, sem muita abrangência. Muitas vezes são consideradas concreções dos princípios.

No caso dos princípios, como a norma não detalha a conduta a ser perseguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. As medidas de concreção necessárias para aplicação dos princípios se dão com o advento de regras voltadas à idéia do núcleo deles.

Barroso e Barcellos explicam que na interpretação dos princípios pode ocorrer uma dificuldade adicional:

O fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete. Um princípio tem um sentido e um alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete.³⁸⁷

E quanto ao modo de aplicação, a doutrina que se desenvolveu sobre as premissas teóricas de Dworkin e Alexy traça a distinção entre princípios e regras na forma a seguir explicitada.

Como as regras são normas dotadas de uma estrutura fechada, nas quais uma conduta determinada é qualificada como obrigatória, proibida ou permitida, elas veiculam mandados de definição de natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação:

desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

³⁸⁷ *Idem*, p.59.

ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por serem inválidas. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.³⁸⁸

As regras são, portanto, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relativo, a regra deve incidir pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão, processo conhecido por subsunção. A aplicação de uma regra se opera na modalidade do tudo ou nada (*all or nothing*): ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita³⁸⁹, já que deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos, ou ela não é válida, nada contribuindo para a decisão.

O conflito entre regras gera uma antinomia jurídica que será solucionada através de critérios fornecidos pelo próprio sistema, qual sejam o hierárquico – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior, o cronológico – em que a lei posterior prevalece sobre a anterior e o da especialidade – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Em qualquer dessas hipóteses, somente uma das regras será aplicada, excluindo-se a outra.³⁹⁰

De acordo com Dworkin, os princípios possuem uma dimensão de peso que as regras não têm, de modo que a pessoa que irá resolver o conflito entre princípios deve levar em conta a força relativa de cada um:

Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra, frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.³⁹¹

Alexy complementou o pensamento de Dworkin ao sustentar que o princípio, como espécie de norma jurídica, não determina as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras.

Para Alexy, os princípios são normas dotadas de uma estrutura aberta, ou seja, são mandados de otimização, que “ordenam que se realize algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”, limitadas por princípios opostos que procuram

³⁸⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. cit.*, p. 82-85.

³⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 43.

³⁹⁰ Entretanto, não é correto dizer que a totalidade dos casos de incompatibilidade entre regras resulta na nulidade de uma delas, posto que há situações em que uma das regras conflitantes tem como núcleo normativo o estabelecimento de um limite ou exceção a outra, sendo, dessa forma, ambas válidas. Cf. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 70 *apud* GUERRA, Sidney. *Op. cit.*, p. 20.

³⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 12.

maximizar-se, impondo a necessidade de ponderação, e regras opostas que os excepcionam em algum ponto. Por isso, os princípios “podem ser cumpridos em diferentes graus” e, assim, quando em colisão, exigem a ponderação dos pesos relativos, segundo as circunstâncias do caso concreto.³⁹²

Os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Como em uma sociedade democrática os princípios freqüentemente representam valores em tensão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação, ou seja, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.³⁹³

Segundo Alexy, a colisão entre princípios só pode ser observada no caso concreto; a solução deverá ser buscada através da harmonização dos princípios em tela, ambos mantendo-se igualmente válidos, mesmo que um venha a ceder diante do outro. Assim, tanto os princípios que consagram direitos como os que protegem bens jurídicos da coletividade podem ser ponderados.³⁹⁴

Daniel Sarmento explica que quando dois princípios incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão, o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida um cederá espaço ao outro. Dessa forma, segundo o autor:

[...] é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis.

[...]

Princípios jurídicos podem sinalizar soluções diametralmente opostas para determinados casos concretos, sem que tal fato denote qualquer inconsistência sistêmica na ordem jurídica.³⁹⁵

Os princípios constitucionais possuem múltiplas funções no ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, em razão de sua acentuada carga axiológica e proximidade do conceito de justiça, os princípios constitucionais assumem a função de fundamento de legitimidade da

³⁹² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. cit.*, p. 86.

³⁹³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p.57.

³⁹⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: A contribuição da obra de Alexy. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2 sem. 1998, p. 134-142.

³⁹⁵ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 45.

ordem jurídico-positiva. Ademais, desempenham um papel hermenêutico essencial, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Apresentam, ainda, uma função supletiva, regulando imediatamente o comportamento de seus destinatários, diante da inexistência de regras constitucionais específicas sobre determinadas matérias. E, finalmente, os princípios possuem função argumentativa, em razão da dimensão de peso que os caracteriza, devendo ser considerados no equacionamento dos *hard cases*.³⁹⁶

Ao lado do estudo da estrutura, modo de aplicação e função das normas principiológicas de direitos fundamentais, é importante destacar a importância da constitucionalização dos diversos ramos do direito, sobretudo do Direito Privado.

A Carta Magna Brasileira de 1988 trouxe novas diretrizes sociais para o Brasil, estabelecendo parâmetros para a interpretação e aplicação do direito positivo pátrio. A Constituição vigente tem como diretriz a mescla de valores advindos do Estado Social de Direito com valores oriundos da Revolução Francesa que inspirou as Constituições de matriz liberal. Isso demonstra a complexidade dos valores contidos na Constituição de 1988 e a necessidade da utilização da técnica da ponderação dos princípios constitucionais para a solução de conflitos normativos.

Na verdade, nas sociedades pluralistas e modernas a diversidade de valores e idéias existentes no meio social acaba refletida no texto constitucional que acolhe normas potencialmente colidentes. Nessa linha de raciocínio, o princípio da unidade da Constituição, “obriga o intérprete a considerar a constituição (*sic*) na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.³⁹⁷

O fenômeno de constitucionalização do direito leva a uma unificação da ordem jurídica, visto que as normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito, relativizando a distinção entre direito público e direito privado.

O exemplo recente de maior visibilidade do procedimento de constitucionalização de um ramo jurídico está no Direito Privado, sobretudo com a vigência do Código Civil de

³⁹⁶ *Idem*, p. 54-55.

³⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1097 *apud* SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op. cit.*, p. 28.

2002³⁹⁸. Este diploma e a Constituição passaram a interagir de uma forma totalmente nova, criando espaço para a consolidação do Direito Civil Constitucional.³⁹⁹

Na fase do Estado Liberal, é marcante a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. No primeiro tem-se como finalidade a ordem e a segurança geral e somente se pode fazer aquilo que está autorizado pela norma, enquanto o segundo rege-se pela igualdade e pela liberdade, podendo-se fazer tudo aquilo que não está proibido pela norma. Entretanto, essa dicotomia não é absoluta e intransponível e com o tempo tornou-se pequena a distância entre a Constituição e o novo Código Civil, em virtude da busca pelo “Estado Social”, diferentemente da ideologia em que foi construído o Código de 1916, fruto do Código Napoleônico e das Codificações do século XIX, em que era extremamente forte a relação entre indivíduo e propriedade.

O Direito Civil Constitucional não é, ainda, um novo ramo do Direito, mas uma nova forma de interpretação, de hermenêutica da Lei Civil em relação à Lei Maior, ou seja, as regras específicas do Código Civil voltadas para a atuação dos particulares devem ser interpretadas em harmonia com as regras gerais da Constituição, que regem a atuação do Estado e a sociedade.

Para a professora Giselda Hironaka, trata-se de um momento de incrível transformação do pensamento jurídico e de crise das instituições, que tem operado no sentido de se buscar modificar o significado constitucional outrora atribuído aos códigos civis modernos e carrear para o âmbito da Constituição os princípios fundamentais do Direito Privado.⁴⁰⁰

Para entender a influência constitucional nos diversos ramos jurídicos, sobretudo no âmbito do Direito Privado, faz-se necessário o estudo das dimensões dos direitos fundamentais, tema que trará implicações substanciais na eficácia direta desses direitos nas relações entre particulares.

³⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito Civil e Constituição*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Seção artigos do professor. Acesso em: 15 nov. 2008.

³⁹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil e Constituição*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Seção artigos do professor. Acesso em: 15 nov. 2008. .

⁴⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no século XXI*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 15 nov. 2008.

5.2 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

O movimento de construção de Constituições esculpidas em valores que irão orientar a ordem jurídica estatal e a sociedade determina que as escolhas valorativas imprimidas nos direitos fundamentais devem orientar a ação, não somente do Estado, mas também de toda a sociedade. A partir desse processo, reconhece-se aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, ou seja, ao mesmo tempo em que asseguram posições subjetivas dos indivíduos em face do Estado, veiculam uma ordem objetiva de valores, que deverá comandar a vida social e as ações dos poderes públicos.⁴⁰¹

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponderia à sua compreensão como fonte de posições subjetivas de vantagens, enquanto faculdades e poderes atribuídos aos seus titulares. Já a dimensão objetiva consiste nos efeitos jurídicos resultantes do reconhecimento de tais direitos como valores fundamentais e constitutivos da ordem jurídica.

As normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos, apresentando uma eficácia irradiante sobre toda a ordem jurídica.⁴⁰²

A decisão fundante da concepção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi o caso *Lüth*, no qual o Tribunal Constitucional Alemão, embora tenha entendido que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa do cidadão contra o Estado, atribuiu-lhes uma função complementar valorativa, que tem como ponto central o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana no seio da comunidade social, e que deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do Direito e imprimir diretrizes para a legislação, a administração e a jurisprudência.⁴⁰³

É importante ressaltar que o recurso a um sistema de valores que vale não somente para o direito constitucional, mas para todos os ramos do direito, foi reproduzida por inúmeras decisões do Tribunal Constitucional Alemão e serviu para solidificar a supremacia constitucional diante do direito privado.

⁴⁰¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos para a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149-151.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁴⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

Virgílio Afonso da Silva, contudo, explica que essa técnica tem por objetivo transpassar a norma constitucional alemã que prevê a vinculação apenas dos poderes legislativo, executivo e judiciário aos direitos fundamentais, de maneira a irradiar os valores representados por esses direitos nas relações entre particulares. No caso da Constituição brasileira, o autor faz uma crítica da real necessidade da dimensão objetiva já que não há nada em seu texto que exija um recurso a uma ordem de valores para extrapolar uma limitação constitucional textual.⁴⁰⁴ A presente dissertação, não obstante, não se filia a essa posição já que entende que a dimensão objetiva tem algumas funções importantes a serem exercidas no ordenamento jurídico.

Segundo Luís Roberto Barroso, a eficácia irradiante desempenha os papéis de princípio hermenêutico e de mecanismo de controle de constitucionalidade, através da interpretação conforme a Constituição. No primeiro papel, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambigüidade de determinada norma jurídica, opte pela exegese que torne essa norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a exegese mais óbvia do preceito. No segundo, permite ao Supremo Tribunal Federal que elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades interpretativas de determinada norma, sem redução do seu texto. Cada juiz, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, também tem a obrigação de interpretar as normas jurídicas de modo mais consentâneo com a Lei Fundamental.⁴⁰⁵

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, em relação à interpretação e à aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação infraconstitucional. Entretanto, o reconhecimento da função hermenêutica dos direitos fundamentais não exclui, de modo algum, a função normativa desses direitos e a possibilidade de incidência direta destas normas sobre relações jurídicas concretas, de caráter público ou privado.

5.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: correntes doutrinárias no direito comparado

Antes de adentrar nas correntes sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, faz-se necessário apresentar a definição de alguns termos que normalmente se confundem bastante, tais como a vigência, a validade, a aplicabilidade, a eficácia e a

⁴⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas. Op. cit.*, p. 124.

efetividade, caso em que serão utilizadas, em virtude de sua finalidade didática, as lições de Ingo Wolfgang Sarlet.

O autor identifica a noção de existência da norma com a de sua vigência, de maneira que a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente, tornando-se de observância obrigatória. Já a validade seria a conformidade com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento no que concerne à produção da norma, ou seja, a norma pode existir e ser inválida.⁴⁰⁶

Sarlet, utilizando-se dos ensinamentos de José Afonso da Silva, explica que não há como dissociar a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, visto que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes.⁴⁰⁷

Segundo José Afonso da Silva:

[...] eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. [...] Esta se revela, assim, com a possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.⁴⁰⁸

Para Sarlet, enquanto a eficácia jurídica é a possibilidade de a norma vigente ser aplicada aos casos concretos e, na medida de sua aplicabilidade, gerar efeitos jurídicos, a eficácia social, ou efetividade, pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma juridicamente eficaz, quanto o resultado concreto decorrente ou não desta aplicação.⁴⁰⁹

De acordo com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira de 1988, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional, estando protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também da ação do poder constituinte reformador, por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88).

⁴⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 247.

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 248. Em relação a essa questão, Virgílio Afonso da Silva, entretanto, discorda ao apresentar uma nítida distinção entre eficácia e aplicabilidade de direitos. Segundo o autor, a norma aplicável é aquela que além de ser dotada de eficácia, ou seja, capacidade para produzir efeitos, possui um suporte fático que se conecta com os fatos de um determinado caso concreto. A norma pode ser eficaz, mas não ser aplicável a uma situação jurídica. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁰⁸ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 49-50.

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 249.

É necessário salientar que com esse dispositivo o constituinte quis dizer que a vigência das normas de direitos fundamentais é automática, ou seja, que elas têm auto-aplicabilidade; não obstante, silenciou com relação em face de quem poderiam ser opostos os direitos fundamentais: se só contra o Estado ou se também nas relações jurídicas privadas, e em que medida.⁴¹⁰

Nesse ponto, Virgílio Afonso da Silva entende que o fato desse dispositivo constitucional prescrever que os direitos fundamentais têm aplicação imediata não significa que essa aplicação deva ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais.⁴¹¹

Para melhor analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, faz-se necessário apresentar o contexto histórico em que se desenvolveu a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

No século XIX, o Estado Liberal de Direito considerava os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, o que veio a se tornar um dos principais obstáculos à idéia de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Tal noção harmonizava-se perfeitamente com o modelo liberal de estrita separação entre direito público e direito privado e da sua idéia de se prestigiar a lei em detrimento da Constituição.

A emergência do Estado Social de Direito e a ênfase na concretização dos direitos humanos, ocorridas no período pós-guerra, trouxeram um contexto favorável para a crítica à noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos postos em lei, tendo a Alemanha desenvolvido, de maneira ímpar, o estudo do tema da eficácia de direitos fundamentais, vindo a se tornar ponto de referência para toda a doutrina européia. Dessa forma, romperam-se os obstáculos que inviabilizavam a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, entre eles a estanque separação entre o Estado e a sociedade civil; a noção de igualdade formal, evoluindo para o conceito de igualdade material; e a neutralidade do Estado em face da dinâmica social.⁴¹²

Ademais, como lembra Virgílio Afonso da Silva, reconheceu-se que não somente o Estado pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos nas relações horizontais entre si. Quando se menciona atualmente vinculação de particulares a

⁴¹⁰ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. *Revista Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 3, n. 5, 2004, p. 88.

⁴¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 58.

⁴¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. *Op. cit.*, p. 132-144.

direitos fundamentais, isso inclui todos os particulares em todas as suas relações entre si, e não somente os indivíduos em relação às grandes corporações.⁴¹³

A eficácia vertical dos direitos fundamentais pode ser definida como aquela que vincula o legislador, o juiz e os entes estatais em geral. A eficácia horizontal⁴¹⁴ diz respeito à incidência das normas jusfundamentais às relações privadas, havendo discussão se tal eficácia seria mediata ou imediata, isto é, se as normas de direito fundamental atingiriam os particulares, seja nos casos em que uma das partes ostenta poder econômico ou social, seja nas relações jurídicas entre iguais.

Um fato importante a ser ressaltado é de que na aplicação tradicional de direitos fundamentais há uma contraposição entre o Poder Público e o indivíduo, onde este último é detentor de direitos fundamentais, o que não ocorre com relação ao ente estatal. Já no que diz respeito à aplicação interprivada dos referidos direitos, existem dois indivíduos com interesses por vezes antagônicos, sendo que ambos são detentores de direitos fundamentais.⁴¹⁵

Ingo Wolfgang Sarlet explica que é necessário delimitar o âmbito do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, excluindo-se da discussão os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais.⁴¹⁶ Já no que tange aos direitos que se dirigem diretamente aos particulares é possível questionar qual a forma dessa vinculação, situação que se complica ainda mais quando se trata de direitos fundamentais na qual essa vinculação não transparece de forma tão inequívoca.

A primeira corrente no direito comparado é conhecida como doutrina da negação da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais ou doutrina do “*state action*”, e predomina no Direito Constitucional norte-americano. Tal teoria defende que os direitos fundamentais apenas impõem limitações para os Poderes Públicos, não atribuindo aos particulares direitos frente a outros particulares. Ademais, o Congresso Nacional norte-americano não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar essas relações é exclusiva do legislador estadual.

Essa corrente absolutiza o argumento de que os direitos fundamentais surgem, historicamente, nas declarações de direito, com a função bem definida de proteger os indivíduos contra violações por parte do Estado. Dessa forma, somente nas relações em que o

⁴¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 53.

⁴¹⁴ A eficácia horizontal também é denominada de eficácia privada, externa ou em relação a terceiros.

⁴¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 532. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

⁴¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 400.

Estado participa é que os direitos fundamentais seriam aplicáveis, já que esses poderiam ser violados por meio de uma ação estatal.

Ademais, outro argumento dessa corrente é que a hierarquia normativa da Constituição não implicaria uma hierarquia axiológica, ou seja, os valores constitucionais não adquirem superioridade em relação aos outros valores do ordenamento jurídico pelo simples fato de serem previstos na Constituição. Assim, haveria uma relação de igualdade entre os valores constitucionais e os valores de direito privado, de forma que seria possível que, dependendo da situação, um desses valores tenha preferência em relação ao outro, de acordo com a superioridade argumentativa – superioridade não formal e não automática – em cada caso concreto.⁴¹⁷

Virgílio Afonso da Silva tece uma crítica aos autores que igualam a doutrina da “*state action*” a uma não-aceitação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações particulares. Segundo Silva, embora a doutrina norte-americana aparentemente negue a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, na realidade a Suprema Corte americana sempre encontra um forma, por mais artificial que seja, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal, quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas.⁴¹⁸ Assim, de maneira casuística e assistemática, a jurisprudência tenta equiparar, sempre que possível, uma ação privada a uma ação pública, fazendo com que os direitos fundamentais vinculem, de alguma maneira, os indivíduos nas suas relações entre si.

Enxergando a questão em sentido parecido, mas sobre outro ângulo, Rogério Magnus Vilela Gonçalves, citando Bilbao Ubilllos, explica que as Cortes Judiciárias norte-americanas têm iniciado uma mudança de sua orientação tradicional, inclinando-se agora pela incidência imediata dos direitos fundamentais. Teria havido, assim, uma superação da corrente doutrinária supracitada pela “*public function theory*”.⁴¹⁹

Essa tendência veio amenizar a doutrina do “*state action*”, limitando a atuação de particulares quando esses agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal,

⁴¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 72-73.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 99-105. Nesse ponto, o autor cita, ainda, a teoria do doutrinador alemão Jürgen Schwabe, segundo o qual em uma relação privada não há uma equiparação de um ato privado a um ato estatal, mas a responsabilidade pelos efeitos do ato é que é entendida como se fosse estatal. Na verdade, se um particular no exercício de um direito fundamental viola o direito fundamental de outro particular e a ação do primeiro não é disciplinada por legislação infraconstitucional, a ação do primeiro deve ser encarada como permitida pelo Estado e, portanto, a ele serão imputados tais atos justamente pela omissão em não criar nenhuma proibição legal contra o ato violador.

⁴¹⁹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 88.

embora a jurisprudência não apresente critérios seguros para a sua aplicação, consoante crítica já apresenta por Virgílio Afonso da Silva.

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, hoje adotada pela maioria da doutrina alemã e pela sua Corte Constitucional – que a denominam de eficácia irradiante – nega a possibilidade de aplicação direta de tais direitos nas relações privadas.⁴²⁰

Desenvolvida pelo publicista alemão Dürig⁴²¹, essa corrente prega que os direitos fundamentais apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais⁴²² e conceitos indeterminados de direito privado à luz dos direitos fundamentais. Ou seja, os direitos fundamentais, através de sua dimensão jurídico-objetiva, irradiariam seus efeitos nas relações privadas.

Dürig pretendia, acima de tudo, manter a independência do direito privado, protendendo-o contra uma “dominação” dos dispositivos constitucionais aplicados de forma direta e não por intermédio das normas do próprio direito privado, especialmente as cláusulas gerais.⁴²³

Segundo Konrad Hesse:

[...] as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.⁴²⁴

Dessa forma, os partidários dessa vertente entendem que a Constituição contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis infraconstitucionais pelos valores consubstanciados nos direitos fundamentais. Assim, a força jurídica dos

⁴²⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 197-198.

⁴²¹ Foi a partir da concepção de direitos fundamentais como sistema de valores que se irradiam por todo o Direito que Dürig e o Tribunal Constitucional alemão construíram a teoria dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais no direito privado.

⁴²² Essas são cláusulas que requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido. São conceitos abertos cujo conteúdo será definido por uma valoração do aplicador do direito que deve se pautar pelo sistema de valores consagrados pela Constituição. Entretanto, Claus-Wilhelm Canaris tece uma crítica à teoria da eficácia indireta afirmando que haverá uma proteção ineficaz dos direitos fundamentais nas relações privadas, se seus efeitos puderem chegar a elas somente por meio de cláusulas gerais, visto que nem sempre existem cláusulas gerais suficientes para servir de “porta de entrada” para os direitos fundamentais nas relações interprivadas. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und privatrecht. AcP 184, 1984, p. 223 *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 85.

⁴²³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2005, p. 79.

⁴²⁴ HESSE, Konrad. Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland. 20 ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 155 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 406.

preceitos constitucionais se afirma, perante os particulares, por meio de princípios e regras de direito privado. Os princípios constitucionais serviriam para ajudar a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, desde que sempre dentro das linhas do direito privado.⁴²⁵

De acordo com Rogério Magnus Varela Gonçalves, essa teoria, também conhecida como dualista, entende que o cânone da liberdade contratual entre as partes não poderia ser restringido pela ordem normativa supralegal, até porque referido princípio também está na Constituição. Assim, “[...] a vinculação primeira da norma de direito fundamental é firmada com o legislador e só indiretamente ela poderia tocar o mercado jurídico privado (pessoas físicas e jurídicas).”⁴²⁶

Carlos Alberto da Mota Pinto, citado por Gonçalves, assevera que:

a liberdade contratual é um mandamento de índole constitucional e que – ante ao primado da unidade da Lei Maior – não estaria em posição de inferioridade em face das normas de direitos fundamentais nas relações interprivadas, pois, caso contrário, isso conduziria a uma indesejada rigidez, inautenticidade e irrealismo da vida jurídica havida fora dos muros estatais.⁴²⁷

Conforme Hesse, competiria ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, no qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época.⁴²⁸ Ao Poder Judiciário sobriaria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, não logrou grande aceitação nesse país, mas é considerada majoritária na Espanha e em Portugal.

Segundo Nipperdey, “os direitos fundamentais têm efeitos absolutos⁴²⁹, e nesse sentido, não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações”. Esse efeito absoluto dos direitos fundamentais faz com que sejam desnecessárias “artimanhas

⁴²⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 200.

⁴²⁶ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 86.

⁴²⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral de direito civil. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 71 *apud* GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 87.

⁴²⁸ HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 63-67 . de Ignacio Gutiérrez *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas . *Op. cit.*, p. 199.

⁴²⁹ O fato de os direitos fundamentais terem efeitos absolutos não significa que os direitos sejam absolutos, ou seja, que eles não possam sofrer limitações em face da colisão com outros direitos fundamentais nos casos concretos. Nipperdey, com efeitos absolutos, quer dizer aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

interpretativas”, ou seja, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, para aplicá-los em relações que não incluam o Estado como ator⁴³⁰. Isso significa, em termos concretos, que os indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos ou pessoas jurídicas.

Também denominada de teoria monista, os seus defensores advogam a tese de que ante a supremacia constitucional e a conseguinte posição desfrutada pela Lei Fundamental na estrutura verticalizada do direito, não se poderia fugir da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na órbita privada. Assim sendo, a norma de direito fundamental não teria como destinatário direto apenas o legislador – no papel institucional de elaborador de normas infraconstitucionais conformadoras dos direitos fundamentais – alcançando as relações privadas.⁴³¹

Ao se adotar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, se está claramente prestigiando a supremacia das normas constitucionais, a sua força normativa e a unidade da ordem jurídica, já que os direitos fundamentais constituem normas de valor válidas para todo o ordenamento jurídico.

Quadra-Salcedo, citado por Sarmento, explica que:

[...] la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones e supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.⁴³²

Bilbao Ubillos afirma que existem direitos na Constituição Espanhola cuja própria estrutura pressupõe a eficácia horizontal imediata, como, por exemplo, os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. Outros, pela natureza, vinculam apenas o Estado.⁴³³

⁴³⁰ NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und privatrecht. In: NIPPERDEY, Hans Carl (Hrsg.) Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag. München. C.H. Beck, 1962, p. 87 *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 87.

⁴³¹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 85.

⁴³² QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981, 70 *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 206.

⁴³³ BILBAO UBILLO, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 349-382 *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 206.

Daniel Sarmento, citando Rafael Naranjo de la Cruz, defende que:

[...] los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva e objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.⁴³⁴

No Direito português, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas foi prevista direta e genericamente pelo próprio constituinte na Lei Maior lusitana, inclinando-se a corrente dominante, composta por autores de renome como J. J. Gomes Canotilho⁴³⁵ e Ana Prata⁴³⁶, ao acolhimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

Virgílio Afonso da Silva esclarece que o modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares não implica que todo direito fundamental seja necessariamente aplicável a tais relações:

A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental. [...] o modelo [...] sustenta que se o direito fundamental for aplicável às relações particulares, então essa aplicação será direta. Mas o modelo não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis somente nas relações cidadãos-Estado.⁴³⁷

É importante salientar que os adeptos dessa teoria não negam a existência de especificidades na incidência dos direitos fundamentais, nem a necessidade de ponderar, em contraposição, a relevância do direito fundamental da autonomia privada dos particulares envolvidos no caso concreto.

O próprio Nipperdey sustenta que, ao aplicar os direitos fundamentais de forma direta às relações privadas, o direito fundamental à liberdade dos indivíduos seja limitado por direitos fundamentais de outros indivíduos.

Segundo Canotilho, citado por Sarmento, é necessária a criação de soluções diferenciadas, para harmonizar a tutela de tais direitos com a proteção da autonomia privada pois, embora a vinculação direta dos direitos fundamentais atinja a todos os particulares e não

⁴³⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fé. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 199 *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 206.

⁴³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed, Coimbra: Almedina, 1992, p. 602-612 *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 219.

⁴³⁶ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137 *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 211.

⁴³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 91.

apenas aos poderes sociais, a desigualdade das partes em uma relação jurídica privada é um dado que não pode ser desconsiderado quando se observa a intensidade da eficácia horizontal de tais direitos.⁴³⁸

De acordo com José João Nunes Abrantes, a eficácia direta dos direitos fundamentais visa assegurar o respeito ao núcleo desses direitos. Entretanto, não importa na submissão dos particulares ao mesmo regime de sujeição aos direitos fundamentais válido para os poderes públicos. A proteção dispensada à autonomia privada e a incidência das normas jusfundamentais nas relações privadas impõe o equacionamento do caso através de uma ponderação de interesses, na qual um dos fatores que deverá ser necessariamente considerado é a maior ou menor desigualdade entre as partes. Quanto maior o desequilíbrio, mais intensa será a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁴³⁹

Existe uma parcela da doutrina que defende uma posição intermediária entre a teoria da eficácia direta e a da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tais como Vieira de Andrade que explica que é necessário analisar o caso concreto para, só então e tendo em vista um aceitável equilíbrio de forças entre os que pactuam, decidir pela aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais:

[...] é de se entender que se houver uma relação jurídica privada de poder, ocasião em que um dos particulares exerce sobre o outro uma incontestada superioridade, há de se aplicar – como forma de desfazimento da disparidade – imediatamente os direitos de índole fundamental.⁴⁴⁰

Isso porque ocorrem na esfera privada situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos.⁴⁴¹

⁴³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1158 *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 268.

⁴³⁹ ABRANTES, José João Nunes. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 94-113.

⁴⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Estudos de direito do consumidor, n. 5. Coimbra: Centro de Direito de Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 139-161 *apud* GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 89.

⁴⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 284 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 403.

Por outro lado, se os contraentes de uma relação jurídico-privada estão em patamar de igualdade negocial, não há que se cogitar da necessidade de incidência das regras jusfundamentais, visto que o cânone da isonomia já estaria salvaguardado. Nesse caso, outros aspectos jurídicos devem ser prestigiados, entre os quais a liberdade negocial, a autonomia privada no direito civil, a boa fé entre os ajustantes, a observância dos princípios gerais do contrato (objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, agente capaz, além da inexistência de vícios de consentimento) e a vedação de contrariedade à lei, à ordem pública e aos bons costumes.⁴⁴²

José Carlos Vieira de Andrade ressalta que nos casos em que há condições de relativa igualdade entre os particulares prevalece o princípio da liberdade. Entretanto, quando a dignidade da pessoa humana estiver ameaçada ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal, é necessária uma incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada.⁴⁴³

Nesse sentido, Sarlet discorre:

Não é demais lembrar que, no concernente, aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição de limite material à renúncia e auto-limitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado).⁴⁴⁴

Existe ainda uma quarta teoria, denominada de Teoria dos Deveres de Proteção, surgida na doutrina alemã e representada por autores como Claus-Wilhelm Canaris e Klaus Stern, que sustenta não estarem os sujeitos de Direito Privado vinculados diretamente aos direitos fundamentais, como estão os Poderes Públicos. Contudo, o Estado, tanto ao editar normas quanto ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares.⁴⁴⁵

⁴⁴² GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 89.

⁴⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 405.

⁴⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 405.

⁴⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas. Op. cit.*, p. 216-217.

Ocorre que, para Marinoni⁴⁴⁶, a eficácia horizontal mediata ou indireta, que se dá justamente através da lei e da decisão judicial, não exclui a eficácia horizontal direta sobre os particulares.

No mesmo sentido, entende Virgílio Afonso da Silva que os dois modelos, ou seja, o da eficácia direta e imediata e o da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não podem ser utilizados exclusivamente como se fossem auto-suficientes para resolver todos os problemas oriundos da vinculação de direitos fundamentais nas relações privadas. Até porque os dois modelos podem apresentar os mesmos resultados práticos concretos. Para o autor:

Ainda que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações privadas e, nesse sentido, vinculem os indivíduos nessas relações, é certo que esses efeitos não podem ser absolutos senão a autonomia privada desapareceria por completo. Nesse sentido, é preciso conciliar os direitos fundamentais, de um lado, e a liberdade individual, especialmente a autonomia privada, de outro.⁴⁴⁷

Com a intenção de propor um modelo adequado para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, Silva se vale do modelo dos três níveis de Robert Alexy que parte da crítica de que nenhuma das teorias apresentadas consegue sozinha dar uma explicação concreta e correta do fenômeno.⁴⁴⁸ É necessário criar um modelo que reúna elementos de todas as teorias e esse seria o modelo de três níveis de Alexy adaptado.

O modelo de três níveis engloba o primeiro nível, o do dever estatal, no qual os direitos fundamentais formam um ordem objetiva de valores que vale para todos os ramos do direito, sendo dever do Estado respeitar esses valores na legislação infraconstitucional, especialmente na legislação de direito privado, e na aplicação desses direitos. O segundo nível é o dos direitos em face do Estado, pelo qual quando um particular viola um direito fundamental de outro, o Estado, ao não vedar a ação do particular violador, viola o direito a proteção que os particulares têm. E o terceiro nível trata da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Silva, não obstante, tece críticas à Alexy quando esse sustenta que a opção do aplicador do direito por um dos três níveis é um mero problema de conveniência e oportunidade na argumentação jurídica. Para Silva, existem circunstâncias externas à argumentação, especialmente o material normativo disponível, ou seja, a existência ou não de

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁴⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 142-143.

⁴⁴⁸ *Idem*, p. 144.

mediação legislativa entre os direitos fundamentais e as relações entre particulares, que condicionam a opção por um ou outro dos níveis.⁴⁴⁹

Assim, Silva explica, inicialmente, que não é sempre necessário um recurso a uma ordem objetiva de valores para fundamentar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, já que os direitos fundamentais são normas principiológicas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível (“mandados de otimização”), inclusive produzindo efeitos nas relações em que um particular viola direitos de outro particular.⁴⁵⁰ Isso se dá através das condições fáticas e jurídicas existentes, entre elas as normas de direito privado ou de direito infraconstitucional em geral.

Se houver uma norma de direito privado regendo a relação, ou seja, uma mediação legislativa, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares serão indiretos, ou porque o legislador já fez o seu sopesamento de direitos fundamentais ou porque o intérprete o fez. Quando não há mediação legislativa ou quando essa se tenha mostrado insuficiente, caberá a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, não obstante surja o choque entre esses direitos fundamentais e a autonomia privada que deverá ser solucionado.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a autonomia privada desempenha uma função de princípio formal que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes seja aceito e considerado como válido. Por outro lado, os direitos fundamentais, como princípios materiais, tendem a limitar a autonomia privada, pois são o fundamento para que um indivíduo não se sujeite às posições jurídicas de outros indivíduos, através da não-competência desses mesmos indivíduos para restringir o direito fundamental daquele na relação contratual.⁴⁵¹

Não obstante a coerência do raciocínio desenvolvido pelo autor *supra* mencionado, nessa dissertação parte-se do entendimento de que os direitos fundamentais individuais incidem diretamente nas relações privadas, tanto quando não existir mediação legislativa, ou seja, existência de leis ordinárias específicas tratando da matéria sob exame, que possibilitem a aplicação da dimensão valorativa dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quanto também quando, havendo mediação legislativa, a aplicação da lei revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais. A opção pela teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas será agora explicitada.

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁰ *Idem, p. 146.*

⁴⁵¹ *Idem, p. 149-150.*

5.4 A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas: a doutrina brasileira

No Brasil, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas vem sendo desenvolvida por autores como Daniel Sarmento⁴⁵², Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵³ e Luís Roberto Barroso⁴⁵⁴, posição a qual essa dissertação se filia.

É importante esclarecer, contudo, antes de analisar os argumentos dos autores supramencionados sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que o foco da presente dissertação são os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador. Esses direitos classificam-se na categoria dos direitos de defesa ou direitos negativos, e não entre os direitos sociais⁴⁵⁵ que demandam o estudo de parâmetros como a “reserva do possível” e o “mínimo razoável”. Dessa forma, cumpre desde logo advertir que a complexa questão da aplicabilidade imediata dos direitos sociais não será objeto da análise a seguir.

Adotando-se a classificação dos direitos fundamentais em virtude da sua função, Ingo Sarlet divide os direitos fundamentais em duas categorias: direitos prestacionais e direitos de defesa. Os direitos às prestações subdividem-se em direitos à proteção, direitos à participação na organização e no procedimento e direitos às prestações em sentido estrito. É necessário lembrar que a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais exige um tratamento específico e suscita questões complexas e de difícil solução no que tange aos direitos fundamentais prestacionais, encontrando limites na “reserva do possível”.⁴⁵⁶

Os direitos de defesa ou direitos negativos, englobados na esfera dos direitos individuais, consistem na salvaguarda de uma esfera individual de liberdade inviolável, inicialmente pelo Estado, para que esse se abstenha de promover agressões aos bens jurídicos fundamentais. De acordo com a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais individuais, também os particulares não podem praticar ações que possam lesar esses bens.

⁴⁵² SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, 2006.

⁴⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, 2007.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 139. O autor ressalta que, ao contrário da Constituição alemã, a Constituição brasileira de 1988 prevê, além dos direitos individuais ou de defesa, os direitos sociais, entre eles os dos trabalhadores, os direitos econômicos etc, cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo.

⁴⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 258-260

A aplicabilidade direta e imediata dos direitos de defesa é clara para Sarmento⁴⁵⁷ e Sarlet⁴⁵⁸, pois segundo os autores, não há no texto constitucional brasileiro nada que sugira a idéia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Ao contrário, a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades previstas no art. 5º do texto magno transmite a idéia de uma vinculação passiva universal.

Em segundo lugar, para Sarlet⁴⁵⁹ e Sarmento⁴⁶⁰, a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que as da Alemanha, dos Estados Unidos ou de qualquer país desenvolvido, justificando, em nosso país, um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, onde reinam a opressão e a violência.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a busca da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade justa e solidária. É uma Constituição progressista, que visa promover a liberdade, a justiça e a emancipação social dos excluídos. Nesse sentido, só existirá efetivamente autonomia privada quando o agente tiver mínimas condições materiais de liberdade, o que não ocorre na maioria dos casos, em que a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício dessa autonomia.

Sarlet explica que a sociedade vem, cada vez mais, participando ativamente do exercício do poder, de modo que “a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes”, ou seja, os detentores do poder social e econômico no âmbito da própria sociedade, “já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”.⁴⁶¹

Nesse contexto assume relevância a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, “de acordo com a qual estes exprimem valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.” Assim, os direitos fundamentais deixam de ser meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado, para através de sua dimensão objetiva, vincularem também os particulares.⁴⁶²

Em terceiro lugar, o fato dos juízes aplicarem normas jusfundamentais instituídas pelo legislador infraconstitucional não significa que, quando inexistir regra ordinária

⁴⁵⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 238.

⁴⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 258-260.

⁴⁵⁹ *Idem*, p.152-153.

⁴⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 238.

⁴⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 401.

⁴⁶² *Idem*, p. 402.

específica tratando da matéria, o juiz não possa se valer diretamente das normas constitucionais para solucionar o caso concreto posto a seu exame.

Os autores brasileiros supra mencionados defendem a existência de especificidades na incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, decorrentes, sobretudo, da necessidade de ponderação entre o direito em tela e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir.

De acordo com Sarlet:

No âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.⁴⁶³

Luís Roberto Barroso explica que, no processo ponderativo, devem ser observados os seguintes fatores: igualdade ou desigualdade material entre as partes; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência pelos valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais; risco para a dignidade da pessoa humana.⁴⁶⁴

Sem dúvida, o sujeito hipossuficiente de uma relação privada possui direitos fundamentais que devem ser preservados em maior ou menor grau, em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que pode ser de fato limitado ou ameaçado pelo maior poder e pelo abuso do exercício da autonomia privada da outra parte.

Assim, quanto maior for o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, o seja quanto mais assimétrica for a relação, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada e vice-versa. Nessa seara, a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população em suas relações travadas com outros particulares mais poderosos, como empregadores e fornecedores de bens e serviços, exige a proteção aos direitos fundamentais dos hipossuficientes.

Sarlet salienta, ainda, a importância da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas no que tange à questão da eficácia direta dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos exteriorizações do princípio da dignidade humana – que se

⁴⁶³ *Idem*, p. 407.

⁴⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: Revista de Direito Administrativo, n. 225, 2001, p. 28 *apud* SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 249.

constitui no centro de gravidade da ordem jurídica – é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a sua incidência, pois, do contrário, a concretização desse princípio estará inexoravelmente comprometida.⁴⁶⁵

Na realidade, além do Estado, em suas dimensões negativa e positiva, todas as entidades privadas e particulares encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana.

Tal constatação decorre do fato de que existe uma opressão econômica exercida pelos poderes sociais dos particulares, e não só do Estado, como inimigos das liberdades e direitos fundamentais. E mesmo nas relações em que há uma tendencial igualdade, a eficácia dos direitos fundamentais tem encontrado fundamento na dignidade da pessoa humana, sustentando-se que esses direitos vinculam diretamente os particulares – pelo menos no tocante ao seu conteúdo em dignidade nas relações entre si, pois são irrenunciáveis.⁴⁶⁶

Sarmiento⁴⁶⁷ e Sarlet⁴⁶⁸, dessa forma, defendem que mesmo no caso de relações jurídicas paritárias, os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, sob pena de proporcionar-se uma garantia incompleta e insuficiente à dignidade da pessoa humana. Nesses casos, entretanto, a proteção à autonomia privada, também assegurada constitucionalmente, há de ser mais intensa no momento da ponderação dos interesses em conflito, à luz dos direitos fundamentais de ambas as partes.

Para isso, Virgílio Afonso da Silva explica que se deve verificar, em cada caso concreto, o real grau de autonomia privada dos sujeitos da relação privada. O autor, valendo-se das lições de Bilbao Ubillos, esclarece que:

[...] sempre que houver, de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena. Tais fatores podem ser de diversas ordens – até mesmo decorrentes de uma desigualdade material entre as partes.⁴⁶⁹

Finalmente, é importante observar que a tutela da autonomia privada, em relações em que estão em jogo bens existenciais como, por exemplo, a relação entre um filho e seu pai,

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 244-245.

⁴⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 110-111.

⁴⁶⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, p. 245.

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 152.

⁴⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 158.

é muito mais intensa do que a conferida às relações econômico-patrimoniais, assim como ocorre em um contrato de compra e venda de imóvel.

5.5 Parâmetros para a eficácia imediata de direitos fundamentais individuais nas relações privadas

Alexy, através da diferenciação entre princípios e regras, e da definição das normas jusfundamentais como princípios, apresenta um fio condutor capaz de resolver os conflitos entre os direitos fundamentais e fornecer subsídios para a aplicabilidade imediata dos princípios.

As relações privadas podem envolver uma enorme gama de situações em que há possibilidade de lesões a direitos fundamentais individuais, como por exemplo: os conflitos entre as liberdades religiosas de residência, de associação ou direitos personalíssimos, como integridade física, intimidade, imagem, e a autonomia privada contratual; a celebração de contratos de trabalho contendo cláusulas em que empregados renunciem a seu direito de exercer atividade partidária ou de sindicalizar-se ou que obrigue o trabalhador a não ter filhos durante a vigência contratual; a legitimidade de um clube ou escola particular recusar o ingresso de um novo aluno ou sócio, sem explicitar a motivação ou proibir o acesso a pessoas de determinado sexo, idade ou raça; a possibilidade de um contrato de compra e venda de imóvel ter cláusula vedando futura venda ou locação a pessoa de determinada religião.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira, a peculiaridade do problema da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas consiste em que ambas as partes envolvidas são titulares de direitos constitucionalmente assegurados, formando uma complexa rede de direitos e deveres que se limitam e se condicionam mutuamente.⁴⁷⁰

Dessa forma, para possibilitar a utilização da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas são necessários parâmetros que possibilitem ao intérprete aplicá-la com base em fundamentos sólidos.

Nesse sentido, o primeiro ponto a ser abordado diz respeito às situações em que pessoas ou empresas privadas estão investidas de competências públicas, através da descentralização administrativa, como concessionárias e permissionárias de serviços públicos, etc. Embora nos EUA, em tais circunstâncias, ainda haja uma certa controvérsia, de um modo

⁴⁷⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 138-140.

geral é pacífico o entendimento da vinculação dessas pessoas privadas aos direitos fundamentais de seus usuários.

Em segundo lugar, é importante observar o fenômeno, propiciado pelo Liberalismo, da extensão do poder aos entes privados, antes restrito ao Estado. Essa mudança se deu através das crescentes formas de organizações privadas que assumiram pouco a pouco papéis importantes na sociedade. O poder passa a não ser atributo exclusivo do Estado, manifestando-se, também, nas relações entre particulares e gerando, como consequência, a desigualdade das partes, com o predomínio de fato de uma das partes sobre a outra.

O fenômeno da exacerbação do poder privado, como já se esboçou, pode ser facilmente constatado nas relações de consumo, seja através da pressão de empresas de assistência à saúde e de instituições de ensino; seja na influência das organizações religiosas sobre os seus discípulos e dos partidos políticos sobre os seus associados; seja nas relações de emprego, por meio do poder diretivo do empregador que dirige e fiscaliza a prestação de serviços dos empregados no exercício laboral, entre outras situações.

Em tais casos, é necessária a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações individuais de modo a equilibrar as relações jurídicas faticamente assimétricas, prevenindo lesões aos direitos da parte hipossuficiente. Além da necessidade de compensar a desigualdade fática entre as partes, outro alicerce para essa aplicação direta adviria da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, posto que, a partir da irradiação de seus efeitos, surge um novo direito subjetivo, qual seja o poder de reclamar do Estado uma atuação consistente em resguardar direitos fundamentais contra qualquer ameaça, mesmo que perpetrada por particulares.

É importante observar que não se está aqui a defender a aplicação absoluta e irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que não ocorre nem mesmo quando se trata da eficácia destes em face do Estado. É o que acertadamente adverte Jane Reis Gonçalves Pereira:

O caráter relativo e limitado dos direitos fundamentais decorre da própria noção de unidade da constituição, e da conseqüente necessidade de coordenação e harmonização dos valores constitucionalmente protegidos.⁴⁷¹

A autonomia da vontade, na realidade, é um direito fundamental estando no mesmo plano dos direitos à intimidade, à privacidade, à liberdade de crença e religião, por exemplo.

⁴⁷¹ *Idem*, 186.

Portanto, diante de uma relação jurídica desigual, em que estejam em aparente colisão a autonomia privada de uma das partes e outros direitos fundamentais, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, com base na fórmula da ponderação de interesses, para que seja possível chegar à solução do impasse.

O terceiro ponto a ser focado diz respeito à escolha dos critérios para incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Devem ser utilizados critérios de gradação e não de exclusão de possibilidades, posto que, ainda que em relações privadas onde os entes sejam iguais em termos de poder, a presença ou não de determinados elementos que conferem maior ou menor peso ao princípio da autonomia poderá implicar ou não a eficácia direta e imediata de direitos fundamentais. A liberdade de um indivíduo em uma relação jurídica até determinado ponto (limite o qual só será possível vislumbrar na análise do caso concreto) não poderá ser restringida pelos direitos fundamentais de outros indivíduos.

Outro ponto relevante que deverá servir de parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais individuais é a maior ou menor proximidade da esfera pública da relação jurídica entre os particulares. Quanto menor essa distância, maior a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada. Assim, por exemplo, em uma relação contratual entre escola e alunos, essa autonomia deverá ser preservada em maior grau, do que em uma relação entre marido e esposa.

Traçados esses parâmetros, é importante ressaltar que as relações jurídicas privadas, em virtude do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, devem se mostrar coerentes com os valores constitucionais traçados pelo constituinte de 1988, o que é alcançado através da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja essa vinculação mediata ou imediata. No caso da eficácia direta e imediata, torna-se essencial a adequada compreensão e o domínio da técnica da ponderação de interesses, como mecanismo de solução dos cada vez mais numerosos casos de conflito entre princípios constitucionais.

Observa-se que, para a análise da colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e os princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa e o direito de propriedade do empregador, no âmbito de uma relação de emprego, objeto dessa dissertação, são necessárias duas compreensões. A primeira se revela no fato de que as normas principiológicas em apreço devem incidir diretamente nessa relação, que nada mais é do que uma relação privada, mitigada por normas de ordem pública. E isso só é possível através da filiação à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais individuais nas relações entre particulares.

A segunda compreensão se consubstancia na necessidade de harmonizar os interesses do empregado e do empregador, quando há a utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho, diante dos inúmeros casos surgidos na realidade fática de colisão entre as normas principiológicas da intimidade, da privacidade, da propriedade privada, da livre iniciativa e da liberdade contratual. Para realizar esse harmonização ou sopesamento, é imprescindível realizar um estudo sobre a técnica da ponderação de interesses, sua concepção, sua estrutura lógica e a forma de aplicação na solução de conflitos entre direitos fundamentais, o que será feito no próximo capítulo.

6 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

6.1 Evolução histórica do princípio da proporcionalidade e sua sedimentação no Direito Constitucional brasileiro

Antes de adentrar no estudo da ponderação de interesses, matéria de suma relevância para o objeto dessa dissertação, qual seja, a análise da colisão entre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador nos casos de utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho, faz-se necessário analisar o princípio da proporcionalidade, sua definição e o contexto em que ele surgiu.

Como poder-se-á constatar mais adiante, a ponderação é um dos três subprincípios ou máximas da proporcionalidade *lato sensu*, juntamente com os subprincípios da necessidade e da adequação. Também denominada de proporcionalidade *stricto sensu*, a ponderação é a última etapa do procedimento que visa harmonizar princípios constitucionais que se encontram em colisão.

A palavra “proporcionalidade” traz consigo a idéia de relação entre coisas ou valores, o sentido de equilíbrio ou harmonia entre duas ou mais grandezas. Essa concepção existe desde a antiguidade, quando Aristóteles relacionou a idéia de justiça material à noção de “meio termo”, entendendo que o “justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade”.⁴⁷²

A Magna Carta inglesa de 1215, por sua vez, consagrava nitidamente a necessidade de se aplicar a proporcionalidade entre a gravidade de um delito e a sanção a ser aplicada pela sua prática, posto que a multa que um homem livre deveria pagar, pela prática de um delito, era proporcional à sua gravidade.⁴⁷³

Já na modernidade, com a influência do ideal iluminista do século XVIII, que pregava a limitação dos poderes do monarca em defesa dos direitos individuais – fundamentados, em uma acepção jusnaturalista, como sendo inerentes ao ser humano –, a percepção da

⁴⁷² ARISTÓTELES. The nicomachean ethics. Oxford University Press, 1980. Livro V *apud* PONTES, Helenilson Cunha Pontes. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000, p. 43.

⁴⁷³ PASETTI, Babyton. O princípio da proporcionalidade e a colisão entre direitos fundamentais. Revista Ciência e Opinião, Curitiba, v. 1, n. 2/4, jul. 2003 a dez. 2004, p. 128.

proporcionalidade enquanto necessidade jurídica foi impulsionada.⁴⁷⁴ O advento do Estado Liberal de Direito exigiu a atenuação do poder do monarca que antes era ilimitado e legitimado pela lei. Nesse contexto, o direito natural veio afirmar a existência de uma gama de valores imanentes à personalidade humana que garantem ao homem uma esfera de direitos oponíveis e intangíveis ao arbítrio do soberano.⁴⁷⁵ Não obstante, essa defesa da liberdade e da igualdade formal refletia, principalmente, os anseios da classe burguesa, mas não os das grandes massas populares.

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, inicialmente, na seara do Direito Penal, na relação entre os crimes e suas penalidades. Na obra clássica *Dei Delitti e Delle Pene*, Cesare Beccaria defendeu de forma categórica que a prevenção do crime é mais importante do que a sua punição e que deve haver proporcionalidade entre as penas e as ofensas.⁴⁷⁶

A idéia de proporcionalidade não se restringiu ao âmbito penal, difundindo-se para outras áreas do direito, marcadamente o Direito Administrativo, como forma de controle das atividades estatais restritivas da liberdade individual⁴⁷⁷ e da propriedade privada. O princípio da proporcionalidade foi apreendido, nessa esfera, como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que, inicialmente, a idéia de proporção ligava-se somente às penas. Em um segundo momento, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem adequados ao cumprimento das finalidades da lei, e que os meios usados não ferissem os direitos dos cidadãos.⁴⁷⁸

No século XIX começam a surgir as primeiras decisões judiciais nesse sentido, reconhecendo o princípio da proporcionalidade como um limite ao arbítrio. No contexto do paradigma do Estado mínimo, então predominante, o princípio da proporcionalidade era invocado no controle, pelo Judiciário, do exercício do poder de polícia por parte da administração pública.⁴⁷⁹

A aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional começou a tomar vulto, efetivamente, somente após a Segunda Guerra Mundial, com a afirmação dos princípios como normas jurídicas, paralelamente ao fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais. O princípio passou, então, a ser utilizado no controle das atividades

⁴⁷⁴ BARROS, Suzana Toledo de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 37

⁴⁷⁵ *Idem*, p. 33.

⁴⁷⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 52-65. Tradução de: Lúcia Guidicini *apud* PASETTI, Babyton. *Op. cit.*, p. 129.

⁴⁷⁷ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses. *Op. cit.*, p. 79.

⁴⁷⁸ BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁷⁹ PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *Op. cit.*, p. 43.

legislativas, mormente no controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.

Suzana Toledo de Barros demonstra que os doutrinadores alemães tiveram um papel fundamental nesse processo:

O salto qualitativo no controle judicial das leis na Europa continental ocorreu, portanto, graças à transposição, para o direito constitucional, das teorias da limitação do poder de polícia desenvolvidas no direito administrativo francês e recepcionadas pela Alemanha. Por sua vez, as condicionantes históricas viabilizaram a evolução do Estado alemão – e, por conseqüência, do seu direito constitucional, permitindo a idéia de limitação também do Poder Legislativo na tarefa de realização dos direitos fundamentais.⁴⁸⁰

De acordo com Paulo Bonavides, os alemães, ao transpassarem a linha do Direito Administrativo para o Constitucional, firmaram-se com tamanha originalidade doutrinária que, sem eles, o princípio da proporcionalidade “dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais” no direito continental europeu.⁴⁸¹

Na esfera jurisprudencial, destaca-se a progressiva construção teórica desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão após a Segunda Grande Guerra, que acabou por firmar a existência e a necessidade do princípio da proporcionalidade no contexto de um Estado de Direito garantidor de inúmeros direitos fundamentais.⁴⁸² Nessa fase evolutiva do Estado, constatou-se que o princípio da proporcionalidade é importante instrumento no controle da intervenção estatal no núcleo dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos, assim como um meio de concretização ótima dos direitos fundamentais na realidade prática.

Renata Camilo Oliveira destaca que tanto a proporcionalidade como a ponderação, no Direito Constitucional, relacionam-se com uma mudança na compreensão dos direitos fundamentais, que pode ser constatada com a transição do paradigma do Estado liberal para o social. Assim, os direitos fundamentais, que antes eram vistos apenas como direitos de defesa dos indivíduos em relação ao Estado, para que este se abstinhasse de intervir em suas liberdades fundamentais, passam a apresentar uma dimensão objetiva, que clama do Estado uma postura de proteção.⁴⁸³ Os bens jurídicos garantidos por esses direitos deverão ser

⁴⁸⁰ BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 47.

⁴⁸¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 407.

⁴⁸² *Idem*, p. 399.

⁴⁸³ OLIVEIRA, Renata Camilo. O princípio da proporcionalidade: crítica à ponderação de bens no direito constitucional brasileiro e no alemão, tendo em vista o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

protegidos pelo Estado contra perigos ou lesões por meio de terceiros, inclusive de outras pessoas privadas.

Foi, portanto, através da doutrina e jurisprudência alemãs que o princípio da proporcionalidade se firmou na sua concepção atual, como proibição do excesso em relação à atuação do poder estatal e como técnica de harmonização de princípios constitucionais colidentes, abarcando esse princípio, em seu sentido lato, os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os quais serão examinados mais adiante.

A Suíça e a Áustria acompanharam a evolução teórica e jurisprudencial deste princípio. A sua incorporação também se verificou de maneira mais ou menos uniforme nos ordenamentos jurídicos da Itália, da Espanha e de Portugal, cada qual com suas nuances próprias. Com relação a Portugal, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi consagrado no texto de sua Constituição de 1976, em seu artigo 18, 2.⁴⁸⁴

O constituinte português, na realidade, consagrou o que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão já havia posto em relevo, ou seja, que o princípio da proporcionalidade é um instrumento necessário para a proteção do núcleo essencial das prerrogativas subjetivas individuais asseguradas na Constituição, assim como para a concretização delas, garantindo sua realização prática.

Na França, a proporcionalidade consiste em um desdobramento da teoria do “*détournement du pouvoir*” (desvio de poder) oriunda do Direito Administrativo, por sua aplicação pelo *Conséil D'État*, através do controle prévio de constitucionalidade das leis, haja vista que não existe um controle jurisdicional de leis na França. O uso do princípio da proporcionalidade nesse país, portanto, é muito limitado à área do Direito Administrativo para controle dos atos de polícia, como um contrapeso à discricionariedade do administrador público.⁴⁸⁵

2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Belo Horizonte, p. 17-18.

⁴⁸⁴ Art. 18. Força Jurídica

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Constituição Portuguesa (1976). Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/constituicao_p02.htm>. Acesso em: 03 jan. 2009.

⁴⁸⁵ Essa tendência francesa pode ser explicada pela forma absoluta com que se tomou o princípio da legalidade em seu ordenamento jurídico com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e com a Constituição Francesa de 1791, conseqüências da Revolução Francesa. Em resposta à monarquia absolutista e em virtude da desconfiança nos juízes, a quem tiveram como defensores das classes conservadoras – pois estas que garantiam o seu *status* -, estabeleceram o dogma da legalidade. A lei, editada por um parlamento ao qual conferiram legitimação popular, era vista como expressão da racionalidade humana e, portanto, deveria ser

No Estados Unidos da América, numa acepção um tanto diversa daquela desenvolvida na Alemanha, o princípio da proporcionalidade é um aspecto do princípio da razoabilidade que deriva do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), abrigado na 5ª e na 14ª emendas à Constituição norte-americana. Com base nesse princípio, os juízes norte-americanos promovem um controle da razoabilidade dos atos legislativos, sobretudo daqueles que repercutem sobre direitos fundamentais, através de um juízo de ponderação entre meios e fins, indagando-se acerca da relação custo e benefício social e buscando a identificação e realização dos valores da sociedade.⁴⁸⁶

Pode-se observar que, à exceção da França, a evolução histórica do princípio da proporcionalidade deu-se rumo a um controle de constitucionalidade material das leis, visto que, muitas vezes, a lei infraconstitucional não contraria a Constituição, ou seja, é formalmente constitucional, mas está em desacordo com as exigências sociais, fruto de transformações muito rápidas e juridicamente incontroláveis, isto é, a lei é materialmente inconstitucional.⁴⁸⁷

Não obstante, além de exercer a função de proteção contra a limitação aos direitos fundamentais pelas leis, pelas medidas da Administração Pública e por decisões judiciais, o princípio da proporcionalidade serve de instrumento de harmonização dos direitos fundamentais que se encontram em colisão em um caso concreto. Ademais, sua abrangência alcança as esferas legislativas, judiciárias e administrativas, em virtude de ser considerado hoje um princípio constitucional implícito.

Segundo Bonavides, constitui tal princípio:

[...] um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito. Assim o asseveram sem tergiversar, aqueles que o estendem a toda atividade do Estado, tanto de ordem administrativa, como jurisdicional ou legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de Direito Constitucional.⁴⁸⁸

cumprida a qualquer custo, mesmo que injusta, para que se preservasse a estabilidade das instituições estatais e como garantia da segurança jurídica. Em virtude disso, não se estabeleceu na França um controle jurisdicional de leis, mas, sim, o que se denomina de jurisdição administrativa, conferida ao *Conseil d'État*, que somente procede a um controle prévio de sua constitucionalidade. Cf. BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 58-70.

⁴⁸⁶ Contrariamente aos franceses, os americanos nutriam uma desconfiança com relação ao parlamento, resultante dos episódios coloniais nos quais tiveram inúmeras vezes seus direitos tolhidos por leis, principalmente no que diz respeito ao direito de propriedade. Dessa forma, devido à maior liberdade concedida aos seus juízes na criação do direito, desenvolveram-se, ao longo da história constitucional norte-americana, vários mecanismos e institutos de proteção às liberdades individuais, através de um amplo controle das atividades estatais, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 301-302.

⁴⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 399.

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 401.

O princípio da proporcionalidade, segundo o doutrinador português José Carlos Vieira de Andrade, é considerado como o critério da distribuição dos custos dos conflitos entre os valores constitucionais, principalmente dos surgidos pela aplicação dos direitos fundamentais. Para esse autor, ele seria um instrumento ou método de execução do princípio da concordância prática⁴⁸⁹, sendo utilizado para a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis a determinada situação, de forma a legitimar a decisão tomada.

Os princípios constitucionais, muitas vezes, assumem a dimensão de liberdades e garantias fundamentais que são aparentemente contraditórias com as decorrentes de outros princípios constitucionais, acarretando uma oposição que deve ser harmonizada pelo intérprete do Direito, ao aplicá-los concretamente, de modo a preservar a unidade normativa da Constituição e o núcleo essencial dos direitos fundamentais. A resolução da colisão é operada por uma técnica de composição, por meio da qual serão aferidas as peculiaridades das situações concretas e o peso que cada um dos princípios concorrentes apresenta na regulação delas, de maneira a aferir qual princípio terá precedência para a sua regulação.⁴⁹⁰

O princípio da proporcionalidade é, portanto, essencial para a concretização e a otimização dos direitos fundamentais, uma vez que estes, em muitas situações, apresentam-se em oposição a outros direitos fundamentais. Nessas circunstâncias, ao analisar uma situação fática para a qual deve aplicar as normas colidentes, o juiz se depara com o que é denominado de *hard case*⁴⁹¹. O princípio da proporcionalidade assume papel indispensável para a solução dessas questões, cuja análise deve ser rigorosamente racional, baseada na apreciação cautelosa dos valores em jogo, norteando-se pelos aspectos que compõem esse princípio, principalmente pela ponderação de interesses.

Helenilson Cunha Pontes ressalta, contudo, que esse princípio não pode ser visto apenas como um método ou critério de interpretação, já que nesse caso seria apenas uma faculdade de o aplicador do Direito adotá-lo ou não. Na realidade, a atuação desse princípio impõe-se como uma necessidade exigida pela Constituição, haja vista o Estado de Direito exigir o máximo esforço na preservação dos valores constitucionais.⁴⁹²

De acordo com Daniel Sarmento, a proporcionalidade pode ser entendida simultaneamente como proibição de excesso em face das intervenções na liberdade, como

⁴⁸⁹ O princípio da concordância prática exige que haja integração e uniformidade de sentido no sistema constitucional, buscando-se otimizá-lo, de forma a possibilitar a melhor aplicação possível desse, evitando-se incoerências e resolvendo-se as oposições entre as normas na regulação dos casos concretos. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 223 *apud* PONTES, Helenilson Cunha. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁹⁰ PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *Op. cit.*, p. 31-36.

⁴⁹¹ Para uma noção mais aprofundada do que são os *hard cases*, deverá ser consultado o capítulo 5 dessa dissertação.

⁴⁹² PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *Op. cit.*, p. 23.

proibição de omissão no exercício da obrigação de proteção dos direitos fundamentais e como restrição das normas de igualdade.⁴⁹³

A primeira acepção do princípio da proporcionalidade é clássica no Direito Constitucional, atuando como um limite às restrições a direitos fundamentais, em que ele desempenha papel decisivo na justificação de intervenções – legais ou com base na lei – nos direitos fundamentais, assim como no caso de colisões entre “bens constitucionais”. O princípio da proporcionalidade – nesse contexto também denominado de princípio da “proibição de excesso” – exige que o poder estatal interventor persiga sua meta de forma adequada, necessária e proporcional.

Na segunda acepção, a função de proteção dos direitos fundamentais determina a obrigação do Estado em proteger os bens jurídicos garantidos por esses direitos contra ameaças ou efetivas lesões praticadas por terceiros. As obrigações de proteção desses direitos devem ser cumpridas pelo Estado de forma proporcional (ou não abusiva).

De acordo com a última acepção, utilizada em casos específicos pelo Tribunal Constitucional Alemão, nas hipóteses em que está em jogo o princípio da igualdade, só se houver uma diferença entre seres humanos de determinada espécie e intensidade é que se justificará o tratamento desigual entre eles. No caso de um tratamento desigual de intensidade pequena, é controlada apenas a arbitrariedade ou a proporcionalidade no que tange ao critério da adequação. Já quando se está diante de um tratamento desigual de maior intensidade, a presença da proporcionalidade, neste caso específico, deverá ser analisada de forma completa, pelos critérios de adequação, necessidade e ponderação.⁴⁹⁴

A acepção do princípio da proporcionalidade que será estudada nesse capítulo – e que servirá para analisar as hipóteses de colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, que se funda na livre iniciativa e na liberdade contratual e que visa proteger a propriedade dos bens de produção – é a primeira, ou seja, a da proibição de excesso, mas não no que tange à atuação do poder legislativo, executivo ou judiciário em face de direitos fundamentais, e, sim, em relação a princípios constitucionais que colidem uns com os outros em uma relação entre particulares.

Com efeito, o exercício sem limites das liberdades ou dos direitos fundamentais de modo geral, no qual o indivíduo pode fazer ou deixar de fazer o que bem entender, pode levar a conflitos com o interesse público, ou ainda com os direitos fundamentais de outras pessoas.

⁴⁹³ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁹⁴ MICHAEL, Lothar. Die drei argumentationsstrukturen des grundsatzes der verhältnismäßigkeit – Zur dogmatik des über-und untermaßverbotes und der gleichheitssätze. *Juristische Schulung (JuS)*, München e Frankfurt a.M: Beck, v. 41, n. 2, fev. 2001, p. 152 *apud* OLIVEIRA, Renata Camilo. *Op. cit.*, p. 23.

Por isso, é necessária a intervenção do Estado nos direitos fundamentais em questão, para restringir o seu uso em determinadas hipóteses. Tais restrições, obviamente, necessitam de um fundamento na Constituição para que essa intervenção seja considerada justificada. Dessa maneira, restrições a direitos fundamentais devem sempre ser praticadas através de normas de nível constitucional ou de normas infraconstitucionais que sejam estabelecidas por direta autorização de norma constitucional.

Os direitos fundamentais com reserva de lei, previstos na Constituição, autorizam o legislador a efetuar intervenção no âmbito de proteção e exigem, ao mesmo tempo, autorização legal para uma intervenção da Administração nos direitos fundamentais. Já para os direitos fundamentais sem reserva de lei, a Constituição não prevê qualquer possibilidade de intervenção por meio de lei ou com base em lei. Contudo, não são esses direitos garantidos sem restrições, pois um exercício desenfreado das liberdades pode levar a conflitos, já que nem tudo o que possa ser realizado sob o manto de um tipo legal da norma sem reservas será protegido pelo direito fundamental.⁴⁹⁵

Para resolver o problema do exercício sem limites dos direitos fundamentais sem reserva de lei, a doutrina alemã dominante, incluindo Robert Alexy, vale-se da compreensão da idéia de unidade da Constituição, ou seja, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse uma hierarquia entre elas. Assim, a jurisprudência e doutrina alemãs desenvolveram, para o caso de direitos fundamentais sem reserva de lei em que não há espaço para intervenções do legislador, a justificativa para intervenções por parte do aplicador do direito, através de valores constitucionais colidentes (direitos fundamentais e outros bens providos de *status* constitucional). Isso significa que os direitos fundamentais sem reserva, quando seu exercício colidir com outro direito fundamental ou demais bens constitucionais, podem ser restringidos através de uma ponderação no caso concreto.⁴⁹⁶

De acordo com Renata Camilo Oliveira, a concepção das restrições imanentes à Constituição, ou seja, das colisões constitucionais diretas e, conseqüentemente, da necessidade de ponderação⁴⁹⁷, foi, posteriormente, transferida também para os direitos

⁴⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op.cit.*, p. 124-135.

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, Renata Camilo. *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁹⁷ Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos explicam que a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 62.

fundamentais com reserva de lei, quando a intervenção do legislador não é suficiente para fazer jus a graves necessidades de limitações.⁴⁹⁸

Segundo Robert Alexy, as restrições a direitos fundamentais são normas que limitam a realização de direitos fundamentais e que podem ser tanto regras como princípios. Em relação aos princípios, para se chegar a uma restrição definitiva, é necessária uma ponderação entre o respectivo direito fundamental e o princípio que o restringe.⁴⁹⁹

A diferenciação entre normas com ou sem reserva de lei é importante, tendo-se em vista que os direitos fundamentais que são trabalhados nessa dissertação, quais sejam, os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o direito à propriedade do empregador, estão explicitados em normas constitucionais sem reserva de lei. Dessa forma, não será o legislador que fará o exame de proporcionalidade para a concretização dessas normas, mas o principal aplicador do direito nesse caso, ou seja, o juiz do trabalho, que deverá realizar a ponderação de interesses entre as normas principiológicas da intimidade e da privacidade do empregado e do poder diretivo do empregador, que se encontram em colisão em determinado caso concreto posto à sua análise. Na realidade, cada um dos desses direitos fundamentais sofrerá restrições pelo outro direito fundamental em apreço.

É importante frisar que o princípio da proporcionalidade desempenha, tanto na Alemanha quanto no Brasil, um papel decisivo para a justificativa de intervenções em direitos fundamentais por meio de ou com base em lei, assim como para a solução adequada dos casos de colisões entre “bens constitucionais”. Por essa razão, esse princípio é considerado como a principal limitação e o instrumento para a operacionalização de todas as restrições a direitos fundamentais.

No Brasil, a inclusão do princípio da proporcionalidade no debate jurídico como um princípio constitucional é ainda mais recente do que nos países já mencionados até agora. Não obstante, há tempos já é conhecido e invocado pelos criminalistas, seja abstratamente na esfera legislativa para a delimitação da pena relativa a um determinado tipo penal, seja na quantificação da pena a ser aplicada a um condenado pela prática de um delito, dentro da margem mínima e máxima que a lei permite ao juiz.

Também no campo do Direito Administrativo, o princípio regula a atuação do administrador público, restringindo o âmbito de liberdade deste no uso de sua discricionariedade. Nessa seara, a proporcionalidade é vista como uma faceta do princípio da razoabilidade, pois um dos sentidos deste é fazer com que o ato administrativo guarde uma

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 30.

⁴⁹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 82.

proporção adequada entre a medida empregada e a finalidade que a lei deseja alcançar, evitando que haja excesso por parte do administrador público.

Entretanto, o *status* de princípio constitucional que hoje a proporcionalidade ostenta, no Direito pátrio, é derivado da influência da doutrina germânica sobre muitos juristas brasileiros, como Paulo Bonavides⁵⁰⁰, Willis Santiago Guerra Filho⁵⁰¹ e Gilmar Ferreira Mendes⁵⁰².

Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, este princípio já era utilizado para a resolução de controvérsias, em que se verifica a limitação de direitos fundamentais, embora não houvesse uma delimitação clara de seu conteúdo e de sua concepção, nem fosse utilizada a terminologia “proporcionalidade”. De acordo com a doutrina, a primeira referência identificável do princípio da proporcionalidade nos julgados do STF ocorreu em 1951, em decisão relatada pelo Ministro Orizombo Nonato, no Recurso Extraordinário nº 18.331, que tratou da proteção do direito de propriedade frente ao excesso taxativo do legislador, ou seja, a proporcionalidade foi ali tratada como sinônima do princípio da proibição do excesso.⁵⁰³ Nesse caso, o ilustre relator fundamentou a decisão através da transposição, para o Direito Constitucional, da teoria do desvio de poder própria do Direito Administrativo. Outras decisões em sentido semelhante foram proferidas pelo STF até a promulgação da Constituição de 1988, podendo ser este princípio, ainda que não expresso, inferido dos acórdãos como critério para valoração da constitucionalidade de leis, em alguns casos.⁵⁰⁴

Com o advento da Norma Fundamental vigente, o princípio da proporcionalidade passou a ser utilizado cada vez mais pelo STF na aferição da adequação dos meios utilizados pelo legislador à finalidade almejada e, também, para verificar se, em cada caso, a medida representa a menor lesão possível ao direito atingido, embora com uma certa confusão terminológica entre proporcionalidade e razoabilidade.

⁵⁰⁰ Paulo Bonavides, desde a 4ª edição de seu Curso de direito constitucional, de 1993, trata do princípio da proporcionalidade em capítulo separado, enfatizando a sua importância.

⁵⁰¹ Willis Santiago Guerra Filho tem um importante estudo pioneiro sobre o assunto: O princípio constitucional da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaio de teoria constitucional. Fortaleza: Imprensa Univesitária - UFC, 1989, p. 69-91.

⁵⁰² Gilmar Ferreira Mendes, tratou pela primeira vez do tema na sua obra Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, onde estudou a teoria do excesso do poder legislativo como vício de inconstitucionalidade. Posteriormente, o autor também continuou analisando o assunto em outras obras: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos e IBDC, 1998; Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868 de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001; Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1; Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves considerações. In: Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 251 e BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁰⁴ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op. cit.*, p. 91.

A primeira decisão em que o Pretório Excelso veio a reconhecer explicitamente o princípio da proporcionalidade foi na ADIN nº 855-2-PR, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence. No pedido de liminar se discutia a constitucionalidade de uma lei do Estado do Paraná, que criara a obrigação de pesagem de botijões de gás diante dos consumidores, no momento da venda daqueles.⁵⁰⁵

Foi com a posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que começou uma tendência de consolidação da aplicação do princípio da proporcionalidade naquele Tribunal, haja vista que o Ministro foi um dos precursores, no Brasil, no estudo desse princípio, além de defensor de sua positivação e de sua importância no Estado Democrático de Direito, principalmente na resolução de conflitos nos quais se tenha restrições a direitos fundamentais⁵⁰⁶.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente consagrado no texto constitucional. Não obstante, é considerado um princípio constitucional implícito positivado⁵⁰⁷, cuja sede material encontra divergência na doutrina, sendo ora considerado oriundo da própria noção de Estado de Direito⁵⁰⁸, ora derivado do princípio do devido processo legal ou da estrutura das normas de direitos fundamentais.⁵⁰⁹ Todavia, essa discussão tem relevância apenas teórica, pois há um consenso no sentido de que ele se encontra positivado nos países que adotam o regime democrático de governo. Mais importante do que se determinar de qual dispositivo constitucional decorre o princípio da proporcionalidade é reconhecer a sua positivação no ordenamento constitucional, a delimitação da abrangência de sua aplicação, a clara definição de seu conteúdo e a lógica de sua operacionalização.

Há também uma grande divergência doutrinária acerca da relação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Alguns autores utilizam as expressões indistintamente, sem diferenciá-las. Outros, especialmente os administrativistas, dizem que o princípio da proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade. E ainda há os que consideram que o princípio da razoabilidade está contido no princípio da proporcionalidade.

⁵⁰⁵ *Idem*, p. 93.

⁵⁰⁶ Além da obra já citada *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, que foi fruto de sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília, Gilmar Ferreira Mendes publicou, posteriormente, diversas obras, onde analisou o princípio da proporcionalidade, sobretudo no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis realizado pelo poder judiciário: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos e IBDC, 1998; *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868 de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001; *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1; *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁰⁷ Cf. BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 97 e BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 434-43

⁵⁰⁸ De acordo com Renata Camilo Oliveira, essa é a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG). Cf. OLIVEIRA, Renata Camilo. *Op. cit.*, p. 11.

⁵⁰⁹ BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 96.

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade desenvolvido na Alemanha está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade do direito estadunidense. De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade é derivado da cláusula do devido processo legal norte-americano, cujo conceito não ficou restrito aos Estados Unidos, repercutindo sobre “os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos”. A doutrina e jurisprudência brasileira e da Europa continental costumam fazer referência ao princípio da proporcionalidade, conceito que “em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade”, sendo por isso tratados indistintamente pelo autor.⁵¹⁰

Na mesma linha de raciocínio, Daniel Sarmento afirma que esses princípios, embora “decorrentes de matrizes históricas diferentes, são, na prática, fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos [...] contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição.”⁵¹¹

Não obstante o êxito que o Tribunal Constitucional Alemão e Alexy lograram ao desenvolver e sistematizar o princípio da proporcionalidade, sobretudo no que tange ao critério da ponderação de interesses, existem doutrinadores que apresentam diversas críticas àquele princípio, sendo contrários à sua aplicação na esfera constitucional, sob diversos argumentos.

Suzana Toledo de Barros explica que uma dessas críticas é a de que a utilização do princípio da proporcionalidade afrontaria o princípio da segurança jurídica na seara constitucional. Seus adeptos fundam-se em vários receios, tais como o risco de os juízes o utilizarem demasiadamente para fundamentarem decisões subjetivas, no propósito de buscar a promoção da justiça para o caso concreto mas afetando, em verdade, a própria noção de justiça. Ademais, o relativismo na aplicação dos direitos fundamentais poderia gerar um nivelamento entre os eles.⁵¹²

Quanto ao perigo de relativismo das decisões oriundas de critérios subjetivos, já se demonstrou, amparando-se no princípio da proporcionalidade, que aqueles que defendem a sua positivação cuidaram de definir objetivos bem estruturados para a sua utilização. Exige-se uma motivação racional do juiz ao aplicar esse princípio, o que será demonstrado mais detalhadamente no próximo tópico. Não se descarta, obviamente, o risco de alguns juízes se

⁵¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.204.

⁵¹¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. *Op. cit.*, p. 87.

⁵¹² *Idem*, p. 205-206.

basearem nesse princípio ao darem decisões subjetivas arbitrárias. Mas esse é o mesmo risco existente na interpretação-aplicação de qualquer princípio constitucional.

Outra crítica tecida ao princípio da proporcionalidade é de que a sua constante utilização no controle de atos legislativos resultaria numa intervenção do Poder Judiciário no âmbito político, de competência do legislador, ou seja, importaria na violação do princípio da separação dos poderes.⁵¹³

Segundo Forsthoff, na esfera do Direito Administrativo, a atividade policial discricionária comporta um grau de generalidade mais reduzido, além de conter um delineamento da relação meio-fim e por se destinar a prevenir o distúrbio da ordem pública. Já a atividade do legislador importa num grau de generalidade bem mais ampla que a administrativa, consistindo em uma atividade criativa, dentro da competência conformativa que a Constituição lhe confere. Por isso, o autor temia que a sua adoção pelo Direito Constitucional, através do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, ruísse com o princípio da separação de poderes, pois haveria um estreitamento da liberdade do legislador em sua competência.⁵¹⁴

Na verdade, é indiscutível que não cabe ao juiz aperfeiçoar ou criar regulamentação que substitua a lei inconstitucional, o que implicaria numa invasão da competência privativa do legislador. Não obstante, o julgador, ao aplicar princípios e ao concretizar direitos fundamentais, bem como quando interpreta e aplica regras que utilizam “conceitos jurídicos indeterminados”, preenche vazios normativos que o próprio legislador não quis ou não pôde ocupar e delegou ao primeiro. O magistrado, portanto, não age livremente ao aplicar o princípio da proporcionalidade, pois deverá observar as máximas que o compõem e obedecer a uma racionalidade na argumentação das suas decisões, através da “fórmula do peso”, o qual será dissecada mais adiante.

Paulo Bonavides ressalta a importância do princípio da proporcionalidade, independentemente das críticas que ele possa sofrer:

O princípio da proporcionalidade, apesar de sua extraordinária penetração em todos os domínios do Direito, tem sido alvo de pesadas críticas; algumas descabidas, outras dignas de reflexão, mas todas impotentes para embargar a difusão, o uso, bem como o prestígio do novo princípio, sobretudo no campo do Direito Constitucional, em matéria de contenção dos poderes do Estado, já na via executiva, já na legislação

⁵¹³ FORSTHOFF, Ernest. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 231. Tradução de Luiz López Guerra e Jaime Nicolás Muñiz *apud* BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 206-208.

⁵¹⁴ *Idem, ibidem.*

propriamente dita, tocante, em primeiro lugar, à legitimidade de limites que possam ser traçados ao exercício dos direitos fundamentais.⁵¹⁵

O princípio da proporcionalidade deverá ser observado, nessa dissertação, enquanto princípio norteador de decisões judiciais, tendo em vista a sua necessidade e imposição ao intérprete-aplicador do direito, quando a decisão exigir uma análise entre a finalidade perseguida com a concretização de um direito fundamental e a restrição a outro direito fundamental.

A utilização do princípio da proporcionalidade como fundamento das decisões judiciais exige uma justificação racional por parte do judiciário, que deverá justificar a predominância, à luz do caso concreto, de um direito fundamental em relação a outro. Essa justificação deverá ser feita, através das máximas que compõem esse princípio, quais sejam, a adequação, a necessidade e a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Essa fundamentação é obrigatória para se evitar a arbitrariedade de um juízo pautado em subjetivismo por parte do julgador. Nesse sentido, destaca-se a importância de uma pacificação doutrinária e jurisprudencial acerca da concepção e delimitação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo o alcance e os limites de sua aplicação, de forma a assegurar a credibilidade das decisões judiciais, evitando-se arbitrariedades e garantindo a segurança jurídica.

6.2 O princípio da proporcionalidade segundo a doutrina alemã

Em função do princípio da unidade da Constituição, o qual determina a mesma hierarquia das disposições constitucionais e a sua interpretação harmônica, não é possível a escolha de uma norma em detrimento das demais. O mesmo ocorre com normas infraconstitucionais que, refletindo os conflitos internos da Constituição, encontram suporte lógico e axiológico em normas constitucionais, mas afrontam outras normas. Nesse caso, a verificação da constitucionalidade dessas normas ordinárias não poderá ser resolvida por simples subsunção.⁵¹⁶

⁵¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 428.

⁵¹⁶ BARCELOS, Ana Paula. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

Segundo Daniel Sarmento, a Constituição Brasileira de 1988 está alicerçada em princípios e regras jurídicas e foi desenvolvida sobre bases pluralistas, contendo princípios e diretrizes normativas não convergentes. Dessa forma, a melhor maneira para solucionar os conflitos entre os princípios seria através da ponderação de interesses pois, em certas situações, o intérprete será levado à conclusão de que dois princípios são igualmente adequados para incidir sobre determinado caso e terá de buscar uma solução que, à luz das circunstâncias concretas, sacrifique o mínimo possível de cada um dos interesses salvaguardados pelos princípios em confronto.⁵¹⁷

Babyton Pasetti explica que todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição brasileira são *a priori* harmônicos e sua colidência é apenas aparente, devendo ser solucionada pelo juiz quando da aplicação da norma no caso concreto. Esta tarefa de solução dos conflitos aparentes entre direitos fundamentais, deixada a cargo do magistrado aplicador da norma, é que tem como regra precípua a utilização do princípio da proporcionalidade, que servirá para auxiliá-lo na escolha de qual direito fundamental deve prevalecer e qual bem da vida será preterido, em determinado caso concreto.⁵¹⁸

Assim sendo, uma vez demonstrada a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais aparentemente colidentes em um caso de aplicação prática da Constituição Federal, imprescindível demonstrar como se dará tal harmonização, o que será feito a partir de agora.

O Tribunal Constitucional alemão elaborou, ao longo dos anos, uma construção teórica jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, considerando-o como um princípio que engloba três elementos (ou critérios, subprincípios ou máximas), quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, e que, por sua vez, traduzem uma unidade epistemológica.

Segundo José Sérgio da Silva Cristóvam, esses elementos parciais são:

[...] de enorme relevância enquanto níveis de averiguação de vícios substanciais da lei ou do ato administrativo, servindo como parâmetros impositivos de limites à ação do legislador ou do administrador, bem como de máximas diretivas às decisões judiciais sobre conflitos entre princípios constitucionais [...].⁵¹⁹

⁵¹⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais nas relações privadas. *Op. cit.*, p. 65.

⁵¹⁸ PASETTI, Babyton. *Op. cit.*, p. 127.

⁵¹⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 62, fev. 2003, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 07 jan. 2009.

Robert Alexy colaborou de forma substancial para a definição da unidade normativa desses três aspectos sob a denominação genérica de princípio da proporcionalidade, negando o caráter de princípios a eles, se considerados individualmente. Isso porque não haveria uma relação de precedência entre esses aspectos que determinaria o sopesamento dos seus comandos normativos entre si e a escolha de um, em detrimento dos outros, como ocorre na aplicação dos princípios jurídicos. Ao contrário, eles funcionam de acordo com a lógica do *all* ou *nothing*, ou seja, das regras, determinando-se que todos devem ser atendidos para que a medida seja proporcional.⁵²⁰

No que tange à colisão entre direitos fundamentais, Alexy desenvolveu a máxima da proporcionalidade, a qual se subdivide nas máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A máxima da adequação visa buscar uma exata correspondência entre meios e fins, de modo que os meios empregados sejam compatíveis com os fins adotados. A da necessidade impõe o emprego de um meio que, limitando-se ao estritamente necessário para a consecução do fim buscado, resulte na menor restrição possível a outros direitos fundamentais. E, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito impõe uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens no emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão.⁵²¹

Antes, porém, do exame das três máximas de maneira mais minuciosa, é importante lembrar que o princípio da proporcionalidade visa estabelecer uma relação entre os meios e fins de atos do Estado, ou seja, que uma intervenção num direito fundamental (meio) seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ou conveniente. “A avaliação da proporcionalidade dá-se sempre diante de um caso concreto, ou seja, ela remete a posições jurídicas atingidas concretamente.”⁵²² O meio e o fim perseguidos pelo poder estatal já devem, porém, ser legais, ou seja, não proibidos pela Constituição ou por norma infraconstitucional.

A adequação, também denominada de conformidade, exige que o meio fomente a meta, ou seja, que de algum modo o meio promova o fim. É adequado, então, um meio ou medida, quando a restrição ao direito fundamental aumenta a probabilidade de se alcançar a meta almejada, incluindo nessa meta inclusive a realização de outro direito fundamental em jogo.

⁵²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 117.

⁵²¹ BARCELOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 55.

⁵²² CAMILO, Renata Camilo. *Op. cit.*, p. 34.

A necessidade, que alguns chamam de exigibilidade, requer o emprego da intervenção adequada que seja mais amena, ou seja, do meio que tenha a mesma chance de êxito para atingir o fim almejado, como a realização de um direito fundamental, mas que restrinja o menos possível a realização do outro direito em colisão. Esse elemento exige que o Poder Judiciário apure se a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou à coletividade.

Segundo Suzana Toledo de Barros:

O pressuposto ou princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.⁵²³

A necessidade, segundo Alexy, refere-se a uma otimização com relação às possibilidades fáticas que se apresentam aptas para a obtenção do objetivo almejado⁵²⁴, através da escolha daquela que representa a menor lesão possível ao bem jurídico limitado por ela.

Para o autor, a adequação e a necessidade devem ser analisadas segundo as possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito é aferida entre as possibilidades jurídicas que o sistema constitucional prevê.⁵²⁵

O terceiro elemento que forma a proporcionalidade *lato sensu*, também conhecido como proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação⁵²⁶, refere-se à análise da legitimidade da intervenção no direito fundamental com base no fim visado, que pode ser a realização de outro direito fundamental. Ela exige que a intervenção e a meta perseguida estejam em uma relação conveniente, proporcional, ponderada entre si.

A ponderação, conforme concebida por Alexy, refere-se a “qual dos interesses [...] abstratamente no mesmo nível [...] tem maior peso no caso concreto”.⁵²⁷ Através do elemento da ponderação se pretende alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a decidir pela prevalência de

⁵²³ BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 76

⁵²⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 118.

⁵²⁵ *Idem, ibidem.*

⁵²⁶ Luís Roberto Barroso ressalta que alguns, como Robert Alexy, situam a ponderação como componente do princípio mais abrangente da proporcionalidade, enquanto outros já o vislumbram como um princípio próprio autônomo, o princípio da ponderação. Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 64.

⁵²⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 95.

um princípio em detrimento de outro ou outros, todos reconhecidos como válidos pelo ordenamento constitucional.⁵²⁸

De acordo com Suzana Toledo de Barros, a proporcionalidade *stricto sensu* “é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada”.⁵²⁹

A estrutura da ponderação, portanto, envolve três estágios: no primeiro, busca-se estabelecer o grau de não satisfação, ou de interferência em um primeiro princípio; após, deve-se avaliar a importância de se satisfazer o princípio concorrente; e, finalmente, observa-se se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a restrição ou a não satisfação do primeiro.⁵³⁰

O caráter de princípio das normas de direitos fundamentais implica, portanto, na necessidade de uma ponderação, o que significa que o subcritério da proporcionalidade pode ser deduzido da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais⁵³¹.

A máxima da proporcionalidade *stricto sensu*, ou seja, do mandado de ponderação refere-se à otimização de possibilidades jurídicas através do sopesamento das consequências jurídicas no ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, a possibilidade jurídica da realização de uma norma de direito fundamental que se encontra em colisão, depende, portanto, do princípio concorrente, e a ponderação é necessária para se chegar a uma decisão.⁵³²

Segundo Alexy, na solução de conflito entre princípios entram, na composição das possibilidades jurídicas do caso concreto, aqueles que possuem relevância concreta para o caso, ou seja, que podem corretamente ser apresentados em favor ou contra uma decisão.⁵³³

Na análise das máximas da adequação e da necessidade, o intérprete-aplicador do Direito está diante de medidas variáveis, mas o objetivo, consistente na finalidade perseguida, é fixo. Já quando se lança a um juízo acerca da proporcionalidade em sentido estrito, depara-se, além de meios variáveis, também com objetivos diversos, uma vez que o fim de interesse

⁵²⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Op. cit.*, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 07 jan. 2009.

⁵²⁹ BARROS, Suzana Toledo de. *Op. cit.*, p. 85.

⁵³⁰ ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 296.

⁵³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 117.

⁵³² *Idem, ibídem*.

⁵³³ OLIVEIRA, Renata Camilo. *Op. cit.*, p. 11-12.

público pretendido pelo ato estatal deverá ser sopesado com outros interesses igualmente tutelados pela ordem jurídica e, portanto, pode e deve sofrer alterações.⁵³⁴

No procedimento de ponderação, na primeira etapa deve ser avaliado se a ponderação é necessária, ou seja, se existem bens jurídicos protegidos por direitos fundamentais ou princípios constitucionais confrontantes que, se aplicáveis independentemente um do outro a uma situação concreta, levariam a resultados incompatíveis entre si. Cabe ao intérprete, portanto, detectar *a priori* no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas.⁵³⁵ Dessa maneira, é primeiro verificado, em abstrato, quais interesses estão em jogo, sem, no entanto, fixar uma relação de primazia entre eles.

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos, de maneira a encontrar um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à convivência com o outro. Assim, o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para isso, ele deve adotar como norte a tábua de valores subjacentes à Constituição.⁵³⁶ Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto.

Na última etapa é que a ponderação se singulariza, tendo em vista que os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas deve prevalecer em detrimento das demais. Isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.⁵³⁷

Para resolver a questão da medida de referência em que os pesos e valores devem ser aferidos para se poder afirmar que uma relação é proporcional, Robert Alexy formulou a chamada “Lei da Ponderação”, segundo a qual “quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro”⁵³⁸, ou

⁵³⁴ PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *Op. cit.*, p. 70.

⁵³⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 62.

⁵³⁶ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op.cit.*, p. 102-103. O autor explica que, embora as Constituições não contenham uma escala rígida de valores e não haja hierarquia entre as normas constitucionais, isto não significa que os textos constitucionais emprestem a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam sob seu pálio.

⁵³⁷ *Idem*, p. 63.

⁵³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 167.

seja, quanto maior for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

De acordo com essa lei, a importância da satisfação de um princípio deve justificar o grau de não-satisfação do outro, ou seja, a medida admissível de não-satisfação ou de detrimento de um dos princípios depende do grau de importância da realização do outro.

Segundo Alexy, uma vez que os princípios são definidos como mandados de otimização, cujo cumprimento está sujeito às possibilidades jurídicas e fáticas, a medida de sua satisfação depende de uma relação com o princípio concorrente. A lei da ponderação diz, então, em que consiste tal relação e deixa claro que o peso dos princípios não é determinável neles próprios nem de forma absoluta, e sim que só se pode falar de pesos relativos.⁵³⁹

O doutrinador alemão associa a racionalidade da fundamentação da ponderação à lei da colisão, que será abordada no próximo tópico, com o objetivo de apresentar argumentos racionais específicos para justificar a proposição de preferência condicionada resultado da ponderação.⁵⁴⁰

Robert Alexy reconhece, entretanto, que a lei da ponderação não oferece um critério pelo qual os casos podem ser decididos de forma definitiva e que os argumentos, que podem ser utilizados na fundamentação, não são específicos da ponderação, mas pertencentes ao âmbito da argumentação jurídica geral⁵⁴¹.

6.3 A importância da “fórmula do peso” para a argumentação jurídica racional na ponderação de interesses

Alexy afirma que a jurisprudência de valores pode ser defendida por meio da formulação de uma teoria de princípios que, por sua vez, constitui o fundamento para a ponderação de interesses, a qual deverá ser realizada através de uma argumentação racional.⁵⁴²

O doutrinador alemão explica que uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado pelo aplicador do direito. Desta maneira, o problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da

⁵³⁹ *Idem*, p. 168.

⁵⁴⁰ *Idem*, p. 174.

⁵⁴¹ *Idem*, p. 171.

⁵⁴² *Idem*, p. 138, 157-159.

fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos.⁵⁴³

Segundo Renata Camilo Oliveira, embora Alexy diferencie o conceito de princípio do conceito de valor, ele defende a jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional Alemão.⁵⁴⁴ O autor não aceita uma hierarquia de valores dos direitos fundamentais, pois não é possível que se estabeleça, intersubjetivamente, para todos os casos, uma ordem de valores para todas as decisões sobre esses direitos. Não obstante, uma ordem de valores maleável surgiria por meio das ponderações do Tribunal Constitucional Alemão e das decisões sobre preferências derivadas dessas ponderações.⁵⁴⁵

O doutrinador alemão, para chegar à sua fórmula da colisão, parte da diferença estrutural entre princípios e regras, o que influi no modo como serão realizados os conflitos entre essas normas – aspectos esses que já foram estudados no capítulo anterior.

Colisões entre princípios e conflitos entre regras são verificados quando duas normas, se aplicadas uma independentemente da outra, levam a resultados incompatíveis entre si, ou seja, a juízos concretos sobre o devido que se contradizem. Segundo Alexy, uma possível colisão entre princípios jurídicos existe quando, aplicadas separadamente, as normas principiológicas que se encontram nessa situação conduzem “a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios.”⁵⁴⁶

Enquanto os conflitos entre as regras ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios sucedem na dimensão do peso. A vantagem, portanto, das normas de direitos fundamentais, que têm caráter de princípio, encontra-se exatamente no fato de que, em caso de colisões, elas podem ser ponderadas com o princípio colidente.

Por meio da ponderação é decidido qual dos interesses tem, no caso concreto, maior peso. Dessa forma, em se tratando de colisão, não existe um princípio que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, ou seja, nenhum dos princípios tem primazia absoluta. Muito pelo contrário, já que, diante da consideração das circunstâncias específicas do caso concreto, é estabelecida uma relação de precedência condicionada, também denominada de precedência concreta ou relativa.⁵⁴⁷ A impossibilidade de se ter uma hierarquia absoluta e pré-estabelecida

⁵⁴³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 166.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Renata Camilo. *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 164.

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 92.

⁵⁴⁷ *Idem*, p. 92, 95.

de valores constitucionais restará bem demonstrada com a “Fórmula do Peso” de Alexy, explicitada mais adiante.⁵⁴⁸

José Sérgio da Silva Cristóvam ressalta que a existência de princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão, não se mostra consoante com o próprio conceito de princípios jurídicos. O autor, contudo, ressalta que:

não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão. Podem-se citar, como exemplos, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da proteção da ordem democrática, o direito à higidez do meio-ambiente, etc.⁵⁴⁹

Para Alexy, alguns princípios possuem como característica maior potencial de, em tese, prevalecer sobre outros, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, de acordo com o Tribunal Constitucional Alemão, existe “um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade da pessoa humana [...] prevalecerá contra os princípios colidentes.”⁵⁵⁰ Não significa uma precedência absoluta, mas uma probabilidade muito elevada de precedência, pois quase não existem razões jurídico-constitucionais indemostráveis para uma relação de preferência em favor da dignidade humana da pessoa sob determinadas condições⁵⁵¹.

O autor alemão continua seu raciocínio, explicando que, nessa relação de precedência condicionada, o problema é saber qual princípio deverá preceder e qual cederá. Como a questão da precedência depende do peso de cada interesse e como esses não têm peso quantificável, Alexy desenvolve uma fórmula intitulada de “Lei da Colisão” que visa solucionar a colisão entre princípios com base naquilo que denomina *relação de precedência condicionada*. Segundo a Lei da Colisão, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem prevalência”.⁵⁵² Ou seja, em uma ponderação de

⁵⁴⁸ Mesmo que seja possível identificar valores constitucionais mais relevantes (de maior peso abstrato) que outros, sua hierarquização absoluta está descartada, já que o grau de interferência concreta de um princípio em benefício de outro e as evidências sobre isso podem dar um peso concreto maior àquele de menor peso abstrato, em certo caso.

⁵⁴⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Op. cit.*, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 07 jan. 2009.

⁵⁵⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 111-112.

⁵⁵¹ *Idem*, p. 114.

⁵⁵² *Idem*, p. 99.

princípios, é necessário estabelecer uma relação de preferência que corresponde, de acordo com a lei da colisão, ao estabelecimento de uma regra.⁵⁵³

Dessa forma, a ponderação dos princípios implica a existência de uma regra, segundo a qual em toda situação em que o condicionamento jurídico e o condicionamento fático forem exatamente os mesmos, prevalecerá sempre um único e mesmo princípio.⁵⁵⁴

Para que o aplicador do Direito realize a tarefa de determinar a precedência de um princípio sobre outro, através dos critérios da necessidade, adequação e ponderação, é necessário produzir uma argumentação jurídica capaz de fundamentar a decisão judicial no sentido da precedência de um valor determinado constitucionalmente assegurado em detrimento de outros, legitimando a atuação jurisdicional e realizando a máxima da justiça material.⁵⁵⁵ O juiz deve basear a sua decisão em argumentos e razões jurídicas plenamente aceitas pela sociedade e consentâneas com o ordenamento normativo vigente.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos explicam que:

A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. Seu objetivo [...] é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.⁵⁵⁶

Os autores sistematizam três parâmetros elementares de controle da argumentação que, a despeito de sua simplicidade, são úteis quando a técnica de ponderação esteja sendo utilizada. Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos que a apoiem e lhe dêem sustentação, não bastando o bom senso e o sentido de justiça pessoal. Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se houver uma argumentação explicitamente apresentada. Um segundo parâmetro diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Espera-se que os critérios utilizados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. O último parâmetro deve ser a utilização de princípios instrumentais ou específicos da interpretação constitucional (princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder

⁵⁵³ *Idem, ibidem.*

⁵⁵⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte: Puc-Minas, v. 1, n. 2, 2 sem. 2008, p. 140.

⁵⁵⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Op. cit.*, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 07 jan. 2009.

⁵⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 64.

Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição e da efetividade) e de princípios materiais propriamente ditos.⁵⁵⁷

Daniel Sarmento frisa que, na ponderação, a motivação das decisões judiciais assume relevância especial, já que estas se voltam a uma operação muito mais complexa do que a simples subsunção. “Incumbe ao órgão jurisdicional um ônus de motivação jurídica, que requer um empenho tanto maior quanto mais as decisões se fundem na utilização de parâmetros elásticos de valoração [...]”.⁵⁵⁸ A motivação deve retratar, com a maior fidelidade possível, as razões que efetivamente condicionaram a tomada da decisão, permitindo, com isso, o efetivo controle pela sociedade.

Alexy, ao apontar a racionalização da interpretação do Direito como uma necessidade inerente ao discurso jurídico, discorre:

A pergunta é onde e até que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações. [...] A resposta a essas perguntas é de grande importância teórica e prática. Ela tem, além disso, um relevante peso em relação ao problema da legitimidade da regulação dos conflitos sociais mediante decisões judiciais. Isso porque, quando subjazem valorações às decisões dos tribunais (ainda que essas valorações não se possam fundamentar racionalmente), as convicções normativas faticamente existentes, ou melhor, as decisões de um grupo profissional formam a base, em muitos casos, não ulteriormente legitimada nem legitimável, de tais regulações de conflitos.⁵⁵⁹

Alexy sustenta que a busca da melhor resposta para o caso concreto por meio dos princípios deve dar-se através de procedimentos racionais, permitindo, assim, um controle social sobre a argumentação jurídica desenvolvida pelos magistrados.

Como o objeto dessa dissertação não é o estudo das teorias existentes sobre a argumentação jurídica, mas apenas a questão da possibilidade de argumentação racional, quando da necessidade de ponderação, em uma situação concreta, entre princípios constitucionais contrapostos, como instrumento hábil à implementação de decisões jurídicas justas e corretas serão traçadas, ainda que brevemente, as diretrizes gerais da argumentação

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 65-67.

⁵⁵⁸ CERVATI, Angelo Antonio. In tema de interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e bilanciamento tra valori costituzionali. In: *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Milão: Giuffré, 1994, p. 91 *apud* SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op. cit.*, p. 119.

⁵⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005, p. 38-39. Tradução de: Zilda Hutchinson Schid Silva.

jurídica no âmbito dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais”⁵⁶⁰.

Justamente para responder às críticas formuladas contra a sua teoria – de que ela não permitiria a formulação de juízos racionais sobre o conflito de valores ou de princípios constitucionais e de que ela supervalorizaria os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos muito além do papel que lhes reserva a concepção clássica, enquanto meros direitos de defesa – Alexy elaborou a sua “Fórmula do Peso”. Nessa fórmula, o doutrinador trata de esclarecer o sentido daquela que, das três máximas que constituem o princípio da proporcionalidade, talvez seja a mais complexa e de difícil emprego, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito.

Como se constatará, a fórmula do peso permite enxergar, claramente, a possibilidade de se formular decisões racionais sobre o conflito entre princípios ou valores constitucionais, ainda que se trate apenas de uma racionalidade possível, não idêntica à racionalidade das ciências descritivas.

A proporcionalidade em sentido estrito é definida através daquilo que o jurista filósofo alemão chamou de Lei do Sopesamento ou da Ponderação: “quanto maior for o grau de interferência em um princípio (Pi), maior deve ser a importância em se realizar um outro (Pj)”. O resultado da aplicação dessa lei é precisamente a atribuição de pesos ou grandezas distintas, de modo a se estabelecer qual o preponderante na situação em que eles entram em conflito, embora não possa se excluir a possibilidade de que, ao fim, ambos os princípios em conflito tenham pesos relativos idênticos.⁵⁶¹

Ademais, a própria lei de sopesamento também já sugere que essa operação há de ser realizada levando-se em conta a interferência que a realização de um dos valores em conflito causa no outro, bem como a interferência que sofrerá o primeiro com a omissão em realizá-lo, em nome da defesa ou da realização do segundo. Assim, admitindo-se que uma conduta C é apta a realizar um valor Pi e causar uma restrição ou interferência em Pj, deve-se admitir

⁵⁶⁰ Robert Alexy, em seu pós-fácio de 2002, da sua obra “Teoria dos direitos fundamentais” trabalha de maneira mais detalhada a questão da argumentação jurídica de uma decisão judicial que envolve a precedência de um direito fundamental em relação a outros direitos fundamentais, apresentando uma “fórmula” do peso, que completa as leis da colisão e do sopesamento, de forma a estabelecer critérios racionais para a ponderação entre princípios constitucionais. O doutrinador alemão, dessa forma, apresenta uma resposta às críticas tecidas à ponderação de interesses. Para um estudo aprofundado acerca da teoria da argumentação jurídica de Alexy – não específica em relação a decisões sobre direitos fundamentais –, deve-se consultar a sua obra Teoria da argumentação jurídica. *Op. cit.*, 2005.

⁵⁶¹ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Revista de Processo, São Paulo, v.31, n.141, nov. 2006, p.58.

igualmente a hipótese em que a omissão de C realize o valor Pj, mas cause uma interferência li no valor Pi.⁵⁶²

Um dos pontos a serem enfrentados é, portanto, o grau de interferência que a realização de um valor causa no outro e vice-versa, mesmo que tal realização consista apenas na omissão em não se realizar o primeiro. Essas interferências podem ter intensidades ou graus distintos.

Adotando-se o termo “peso abstrato” para se referir à relevância que um determinado princípio ou valor possui em abstrato, no ordenamento jurídico, a discussão sobre a prevalência de um dos dois princípios em conflito sobre o outro, numa situação concreta, há de levar em consideração, também, os pesos abstratos de ambos, sem excluir a possibilidade de que tais pesos se revelem idênticos.⁵⁶³

As afirmações sobre o grau de interferência que a realização de um princípio impõe ao outro consistem em juízos empíricos, ou seja, há de ser levado em consideração, na aplicação da lei do sopesamento, as evidências em suporte para cada uma das afirmações relevantes⁵⁶⁴. O papel que desempenham os juízos empíricos na ponderação de valores constitucionais exige sua adequada fundamentação, seja por meio de provas judiciais, seja através das técnicas de julgamento, tais como as presunções e a distribuição do ônus da prova. Portanto, em uma decisão que envolva ponderação, deve haver entre as premissas afirmações de fatos, relativas à intensidade de interferência que a realização de um princípio causa no outro e vice-versa. Tais afirmações devem estar amparadas em evidências empíricas, sob pena das referidas afirmações restarem reduzidas a vazio e irracional exercício de retórica.⁵⁶⁵

Dessa forma, Marcelo Lima Guerra sintetiza quais são as variáveis que deverão ser necessariamente levadas em consideração na discussão sobre a preponderância de um princípio ou valor em conflito com outro:

a) o “peso abstrato” dos valores em conflito [...]; b) a interferência que a realização de um causa no outro e vice-versa (*sic*) a realização do segundo [...] causa no primeiro dos valores em conflito; c) quais as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas a b), uma vez que as afirmações produzidas quanto a este aspecto do problema – o grau de interferência – são afirmações descritivas, portanto [...] verificáveis, a exigir, em nome da racionalidade, o suporte de evidências empíricas.⁵⁶⁶

⁵⁶² *Idem*, p. 58-59.

⁵⁶³ *Idem*, p. 59.

⁵⁶⁴ Marcelo Lima Guerra explica que esse é o único elemento da fórmula do peso que não está implícito na própria lei de sopesamento elaborada por Alexy. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 60.

⁵⁶⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 70-71.

⁵⁶⁶ *Idem*, p. 61.

Essas variáveis devem ser atribuídas a cada um dos princípios em colisão, de modo que se houver dois princípios em conflito, as variáveis serão duplicadas. À cada uma dessas variáveis serão introduzidos símbolos, de modo a permitir a redução a uma fórmula da estrutura argumentativa.

Na “Fórmula da Colisão”, que pode ser assim representada: $W_{ij} = W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j$, I_i é o grau de interferência que a conduta C causa em P_i ; I_j é o grau de interferência que a omissão da conduta C causa em P_j ; W_i é o peso abstrato de P_i ; W_j é o peso abstrato de P_j ; R_i são as evidências sobre a interferência em P_i ; R_j são as evidências sobre a interferência em P_j ; e W_i, j , é o peso relativo de P_i e de P_j , resultado a ser atingido com o uso da fórmula.

A cada uma das variáveis dessa fórmula é essencial que se possa atribuir grandezas ou valores, para viabilizar a sua aplicação prática. Alexy, consciente de que tais grandezas são estabelecidas em um argumentação racional de modo aproximado (e não exato como nas ciências empíricas como a física, a química e a matemática), sugere a adoção de um modelo triádico, em que tais grandezas consistam nos valores *sério*, *moderado* e *leve*. Assim, de forma exemplificativa, a interferência que a realização de um princípio causa sobre outro pode ser considerada séria (s), moderada (m) ou leve (l).

Em seguida, para facilitar o manuseio da fórmula e mantendo coerência com a conveniência da metáfora matemática⁵⁶⁷, Alexy sugere a atribuição de valores numéricos a tais grandezas, como $l = 1$, $m = 2$, e $s = 4$.⁵⁶⁸ Dessa forma, ao aplicar-se a fórmula do peso, existiriam três possibilidades:

[...] se o resultado for maior que 1, é de ser considerado preponderante o princípio correspondente à primeira letra na expressão W_{ij} , ou seja, o princípio P_i ; [...] se o resultado for menor que 1, é de ser considerado preponderante o princípio correspondente à segunda letra na expressão W_{ij} , ou seja, o princípio P_j ; se o resultado for igual a 1, então terá sido impossível decidir, racionalmente, a preponderância de um princípio sobre o outro.⁵⁶⁹

É importante ressaltar que não se aplicam todas as máximas que compõem o princípio da proporcionalidade, necessária e simultaneamente, em qualquer caso em que se precise decidir sobre a correção de uma determinada ação ou medida legislativa, administrativa,

⁵⁶⁷ É importante ressaltar que Alexy, ao se valer de uma forma de expressão matemática, uma “fórmula”, (inclusive com a atribuição de valores numéricos, quando de sua aplicação a um caso concreto, às variáveis que a integram), está utilizando uma metáfora como estratégia para tornar mais clara e objetiva possível a referida discussão sobre qual, entre dois princípios em colisão, há de ser considerado mais relevante, evidenciando, assim, os aspectos ou variáveis que devem ser levados em consideração. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 605.

⁵⁶⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 63.

judicial ou mesmo privada, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que estão em jogo princípios constitucionais. Assim, em alguns casos, a questão poderá ser resolvida somente com o uso da adequação ou, sendo esta insuficiente, recorrendo-se à necessidade. Para que a proporcionalidade em sentido estrito seja utilizada é necessário que esteja configurada uma situação extrema, de conflito entre princípios constitucionais, que não tenha tido condições de ser resolvida pelo uso anterior da adequação e da necessidade, sendo assim indispensável aplicar a fórmula do peso.

Com a expressão “situação ideal de sopesamento”, designa-se uma versão simplificada desta situação, onde só há dois princípios ou valores em conflito, havendo a necessidade de se realizar uma escolha por uma, entre duas condutas possíveis como corretas. Isso porque podem haver casos de conflitos mais complexos, entre três ou mais princípios.⁵⁷⁰

Para facilitar a compreensão da “Fórmula do Peso”, será dado um exemplo hipotético, visto que os pontos a serem considerados em uma discussão sobre colisão entre princípios ou valores devem, necessariamente, utilizar dados que só a situação concreta em que tais princípios se chocam poderá fornecer.

Assim, considere-se uma situação em que estejam em jogo o direito fundamental de intimidade do empregado (Pi) e o direito de propriedade do empregador (Pj), em um caso em que estejam sendo realizadas revistas pessoais diárias nos empregados em uma empresa que fabrica *chips* para máquinas fotográficas, a fim de se evitar furtos dos *chips* produzidos. Utilizando-se a fórmula da colisão de Alexy $W_{ij} = W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j$, devem ser atribuídos valores que permitam chegar ao resultado de precedência de um direito fundamental em relação ao outro direito em colisão (W_{ij}). Nessa situação, é possível considerar que ambas as normas principiológicas possuem pesos abstratos iguais, atribuindo-lhes a grandeza *sério* (4). Admita-se, por outro lado, que se possa considerar que a interferência causada no direito da intimidade dos empregados pela utilização de revista pessoal diária (I_i) seja *séria* (4), em virtude da forma como é realizada e pela frequência da medida enquanto, de outra parte, se possa considerar a interferência que a não utilização da revista trará no direito de propriedade do empregador (I_j) seja *moderada*(2) (ou seja, a necessidade de se satisfazer esse direito é moderada, uma vez que é possível que haja alguns furtos na empresa que, entretanto, não terá seu patrimônio esvaziado, pois podem ser utilizadas outras formas de fiscalização). Pode-se admitir, finalmente, que as evidências, ou seja, os juízos fáticos sobre o grau de interferência que o direito à intimidade impõe ao direito de propriedade (R_j) e vice-versa (R_i) sejam

⁵⁷⁰ *Idem*, p. 64

igualmente *sérias* (4). Aplicando-se à fórmula do peso, obtem-se o seguinte resultado: $W_{ij} = 4 \times 4 \times 4 / 4 \times 2 \times 4 = 2$. Dessa forma, a conclusão é que, nesse caso concreto, o direito fundamental à intimidade (Pi), correspondente à letra ‘i’ do símbolo W_{ij} , é o de maior peso concreto ou relativo, devendo ser realizado, neste caso concreto, em detrimento do outro direito fundamental em jogo.

A Fórmula da Colisão, portanto, ilustra a importância da estrutura argumentativa sugerida por Alexy para as discussões sobre a preponderância de um princípio sobre outro. Deve-se ressaltar que todas as variáveis devem ser submetidas à argumentação racional, embora nem todas, dependendo do caso concreto, desempenhem um papel decisivo na escolha por um entre dois direitos fundamentais conflitantes.

Tal fórmula representa uma estrutura racional para se estabelecer a correção de um juízo jurídico em um discurso, ou seja, é uma forma de argumentação que irá definir a estrutura do discurso proferido pelo aplicador da norma.⁵⁷¹ Ou seja, a racionalidade que ampara as decisões é aquela própria do discurso prático, em geral, e do jurídico em particular, uma racionalidade possível que, na fórmula da colisão, depende da possibilidade de se efetivamente adotar uma argumentação racional sobre cada uma das variáveis.

Nesse sentido, para Alexy uma ponderação é racional quando a proposição de preferência, que ela veicula puder ser fundamentada racionalmente. O problema da racionalidade da ponderação leva, com isso, à questão da possibilidade de fundamentação racional de proposições, que estabeleça uma preferência condicionada entre valores ou princípios concorrentes.⁵⁷²

Dessa forma, Alexy, com a sua fórmula, demonstrou ser possível alcançar uma racionalidade nas decisões sobre a preponderância de um valor sobre o outro, fruto da argumentação racional.⁵⁷³

De acordo com Marcelo Lima Guerra:

[...] o grande mérito da Fórmula de Alexy é, sem resolver a questão da racionalidade da argumentação prática em geral e da jurídica em especial – questão (*sic*) que, diga-se de passagem, ninguém ofereceu uma solução definitiva – estruturar de maneira brilhante e com grande clareza os “lugares” desta argumentação. Isso, por si só, já é um grande mérito, por evitar a manipulação retórica das decisões, por tornar

⁵⁷¹ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. *Op. cit.*, p. 299.

⁵⁷² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 173.

⁵⁷³ Dessa forma, Alexy afasta a indevida crítica de Habermas sobre a impossibilidade de uma racionalidade discursiva sobre a ponderação, sendo que, para esse último autor, ou a racionalidade seria idêntica à objetividade obtida pelo falseamento das teorias científicas (em sentido das ciências empíricas) ou a irracionalidade total. Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 599.

evidente sobre o que deve se discutir e onde estão as incertezas, na maioria dos casos, inelimináveis.⁵⁷⁴

De outra parte, a Fórmula de Alexy conseguiu rebater as críticas que lhe foram dirigidas por Böckenförd, de que existiria a possibilidade ineliminável de ser epistemicamente indeterminável qual princípio tem maior peso relativo que outro, isto é, os casos de empate em que, aplicando-se a fórmula, obtém-se como resultado o número 1.⁵⁷⁵

Como esclarece Alexy, é precisamente essa possibilidade de ser epistemicamente impossível determinar qual princípio deve preponderar sobre outro, num caso concreto, o que assegura a delimitação de competências entre judiciário e legislativo, ou seja, essa possibilidade assegura ainda alguma competência exclusiva ao legislador. Isso porque, nos casos em que, em razão de limites da própria capacidade humana de discernir a única solução correta, ou a melhor entre várias, ou seja, quando há mais de uma qualificável como correta, pode-se concluir que nem tudo é possível de ser solucionado pelo julgador, através dos princípios e do sopesamento. Esse empate assegura todas as outras modalidades de competência normativa, diversas da exercida pelo constituinte originário, como a administrativa, a legislativa e decorrente da autonomia privada.⁵⁷⁶

Deve-se ressaltar, contudo, que existem situações em que o legislador, embora tenha a competência legislativa para editar uma regra que seja a solução para uma possível controvérsia, não a exerce e se, na aplicação da fórmula de Alexy para solucionar essa controvérsia objeto de um caso concreto, o resultado for 1, isto é, os dois princípios em colisão terão o mesmo peso abstrato. Ainda assim, o juiz deverá se manifestar proferindo uma decisão, já que não pode se excusar de seu dever de decidir uma controvérsia trazida ao seu conhecimento (ou seja, proclamar o *non liquet*), o que certamente deverá ser feito com base no conjunto de princípios e regras consagrados no sistema constitucional.

⁵⁷⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 68.

⁵⁷⁵ *Idem*, p. 69.

⁵⁷⁶ *Idem, ibidem*.

6.4 A dignidade da pessoa humana e o seu papel na ponderação de interesses

O princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁷⁷, pela sua notável abertura, abriga e fomenta o pluralismo axiológico do sistema constitucional, constituindo fórmula elástica o bastante para acolher valores potencialmente conflitantes, como liberdade e segurança, igualdade e direito à diferença, por exemplo.

De acordo com Daniel Sarmento:

A dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.⁵⁷⁸

Na realidade, não se está a sustentar que a ponderação entre direitos fundamentais – que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – e outros bens jurídicos de natureza constitucional tenha, necessariamente, de ser resolvida em detrimento destes últimos.

Como não há hierarquia entre princípios constitucionais, a resolução de uma colisão dependerá das especificidades fáticas do caso concreto, no momento de se realizar a ponderação. Em certas circunstâncias, por exemplo, o interesse coletivo pode justificar uma restrição proporcional a direitos fundamentais, por exemplo.⁵⁷⁹

Ademais, como lembra o próprio Alexy, o reconhecimento de princípio absoluto contradiz a própria noção de princípio, já que o princípio da dignidade da pessoa humana, como qualquer outro, pode ser realizado em diversos graus, sem contar com a necessidade de se resolver eventuais tensões entre a dignidade de diversas pessoas. Segundo o autor, até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se, em sendo

⁵⁷⁷ De acordo com Robert Alexy, a dignidade da pessoa humana assume a feição principiológica e, também, a sua feição de regra jurídica. Na perspectiva de princípio, a dignidade da pessoa atua como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas 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. Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 112-114.

⁵⁷⁸ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁷⁹ *Idem*, p. 75.

contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização⁵⁸⁰, já que se deve resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma comunidade.

O doutrinador alemão, contudo, diz que existem 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.⁵⁸¹

É importante ressaltar, outrossim, que na ponderação a liberdade do operador do direito tem como norte e limite o valor da dignidade humana, já que a garantia e a proteção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito.

Sarmiento reitera que “nenhuma ponderação pode implicar em amesquinamento da dignidade humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem”.⁵⁸²

Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma esteira, explica que o fato de o princípio da dignidade não ser absoluto não implica, de forma alguma, que poderão ser justificadas violações à dignidade, de sorte a sacrificá-la:

A eventual relativização desse princípio não significa que se esteja a transigir com o caráter inviolável da dignidade considerada inerente a todas as pessoas, que as torna sujeitos de direitos e merecedores de igual respeito e consideração no que diz com sua condição humana.⁵⁸³

Dessa forma, conclui-se que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este, na hipótese de uma relativização em virtude da necessária harmonização da dignidade de várias pessoas, será conseqüentemente intangível.

Consoante o entendimento de Sarlet:

[...] mesmo que não se possa desconsiderar a existência de violações concretas e reiteradas à dignidade pessoal, estas ofensas, em virtude da positivação da dignidade na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental, não poderão encontrar qualquer tipo de respaldo na ordem jurídica que, pelo contrário, impõe ao Estado e particulares um dever de respeito, proteção e promoção da dignidade de todas as pessoas.

[...]

Assim, ainda que se possa reconhecer a possibilidade de alguma relativização da dignidade pessoal [...], não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, que justamente [...] consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano [...]. Da mesma forma, [...] com isto não se está a sustentar a inviabilidade

⁵⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 114.

⁵⁸¹ *Idem*, p. 106.

⁵⁸² SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 76 e 136.

de impor certas restrições aos direitos fundamentais, ainda que diretamente fundadas na proteção da dignidade da pessoa humana, desde que, à evidência, reste intacto o núcleo de dignidade destes direitos.⁵⁸⁴

Um outro limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, um conteúdo mínimo desses direitos que não pode ser violado pelo legislador ou pelo aplicador do Direito. O núcleo dos direitos fundamentais só pode ser delineado à luz do caso concreto, mediante a ponderação de interesses, de acordo com a teoria relativa sobre a natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais adotada por Alexy.

Se, em uma questão concreta, o cerne de dois direitos fundamentais pode ser afetado ao mesmo tempo, o juiz deverá se valer da ponderação para saber qual deles deverá preponderar. A teoria absoluta, que prega que o conteúdo essencial do direito pode ser delimitado abstratamente, não podendo ser ultrapassado em nenhuma hipótese, gera, em hipóteses como essa, uma situação insustentável para o julgador.⁵⁸⁵

Sarlet explica que, para parte da doutrina, o conteúdo da dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo para quem não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos e sempre o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. Na mesma linha de raciocínio, a violação do núcleo essencial⁵⁸⁶, especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa, sempre e em qualquer caso será desproporcional.⁵⁸⁷

Traçadas essas diretrizes, constata-se que o estudo do princípio da proporcionalidade e de suas três máximas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação (com a ênfase nesta última, através da análise das leis da ponderação e da colisão e da “fórmula do peso” de Alexy – que buscou através da teoria dos direitos fundamentais, a construção de procedimentos racionais para a decisão sobre a preponderância de um direito fundamental em face de outro, no caso de colisão entre esses direitos) será essencial para a sistematização das hipóteses concretas em que os direitos fundamentais à intimidade e à

⁵⁸⁴ *Idem*, p. 141.

⁵⁸⁵ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op. cit.*, p. 112-113.

⁵⁸⁶ De acordo com Sarlet, mesmo que se reconheça que todo direito fundamental possui, pelo menos, um conteúdo em dignidade, este conteúdo poderá ou não coincidir com o assim denominado núcleo essencial do direito fundamental. Assim, pode-se estar diante de uma restrição ao âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental, sem que esta esteja a configurar uma violação do conteúdo em dignidade da pessoa humana do direito em causa. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 122-123, 139.

⁵⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 128.

privacidade do empregado entram em colisão com o direito de propriedade do empregador e os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual (que tem como corolário o princípio da autonomia da vontade), em face da utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho.

Dessa forma, para que seja possível elencar essas hipóteses passíveis de ocorrência no mundo dos fatos, com vistas a, no capítulo 8, traçar soluções para a colisão entre as normas constitucionais principiológicas, em apreço, no próximo capítulo serão esmiuçadas as situações concretas pesquisadas e encontradas nos estudos doutrinários a respeito da matéria e nos casos encontrados na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil.

7 A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO: DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO EMPREGADO EM COLISÃO COM O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR – DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

7.1 O polígrafo ou “detector de mentiras”

O polígrafo é utilizado por algumas empresas tanto na seleção de empregados como no ambiente de trabalho ao longo da relação de emprego, com o intuito de avaliar se os empregados estão ou não mentindo sobre diversos aspectos de sua vida pessoal e profissional. Ao longo do tempo, tornou-se uma prática relativamente comum em empresas de aviação, como a *American Airlines*, por exemplo, que justifica a necessidade da fiscalização dos empregados para proteção da segurança dos passageiros, sobretudo em virtude das ameaças constantes de terroristas.

De acordo com reportagem publicada no *site* Consultor Jurídico, em 21 de setembro de 2005⁵⁸⁸, foi a empresa Leonard Bierman & Associates, de Miami (EUA), que utilizou, pela primeira vez, o polígrafo, em agosto de 1999. O teste a que uma empregada foi submetida incluía diversas perguntas, inclusive se era casada, se morava com alguém, se tinha dívidas e, também, questões relativas ao eventual consumo de drogas e álcool e a prática de furtos em serviço nas empresas nas quais havia trabalhado anteriormente.

Ainda de acordo com a mencionada reportagem, a segunda vez em que o teste foi aplicado ocorreu em Lima (Peru) pela empresa Perícias Polígrafas, tendo sido perguntado à examinada se havia, desde o último teste de polígrafo, praticado furtos em valores superiores a cem reais, bem como se tinha conhecimento do envolvimento de algum funcionário da *American Airlines* no roubo de artigos de passageiros e ainda se tinha enviado drogas para os EUA.

Essa reportagem citava a decisão proferida pela 4ª Turma do TRT da 3ª Região (Minas Gerais), nos autos do Recurso Ordinário RO 00524-2004-092-03-00-4, cujo relator foi o Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, que na ocasião sustentou a legitimidade do uso do polígrafo pela empresa empregadora *American Airlines Inc.* O fundamento para este entendimento foi o de que:

⁵⁸⁸ SUBMETER trabalhador a detector de mentira não gera dano moral. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-set-21/passar_detector_mentiras_nao_gera_dano_moral>. Acesso em: 06 jan. 2008.

deve-se levar em conta que as aeronaves da empresa de aviação de bandeira americana são potenciais alvos de atentados por parte do terrorismo internacional que, a partir de países isentos e neutros no âmbito global e político, podem vir a servir de porta para a entrada de elementos ligados ao terrorismo. Dessa forma, a submissão ao exame através do polígrafo, revela-se medida preventiva de segurança, visando o bem-estar da comunidade, o que por si só justificaria o procedimento.⁵⁸⁹

De acordo com este relator, ademais, a exigência do teste de polígrafo decorria de cláusula contratual implícita, pois contida em regulamento geral da empresa ao qual a empregada reclamante estava submetida desde que havia sido admitida no serviço, tolerando, portanto, a sua invasão na intimidade. Não haveria, assim, dano moral a ser indenizado, posto que a empregada necessitaria ter se insurgido contra o teste, desde que o mesmo foi pela primeira vez realizado.

Nessa esteira, tem-se também o julgado do RO 00316-2003-092-03-00-4, cuja relatora foi a Desembargadora Emília Facchini:

DANO MORAL – AMBIENTE LABORAL – INTIMIDADE DO EMPREGADO PROTEGIDA - FUNÇÃO DE CONTROLE E SEGURANÇA - NORMAS ESPECÍFICAS E USO LEGÍTIMO DO *IUS VARIANDI* - POLÍGRAFO- A relação de emprego, com as peculiaridades do ambiente de trabalho inerentes ao próprio poder diretivo do empregador, não pode amesquinhar a intimidade e imagem do empregado. O exame através de polígrafo muito se aproxima do psicotécnico e, na ativação como segurança, era absolutamente necessário. Cuidando a espécie de medida preventiva a amparar a empresa e a comunidade envolvida, justifica-se o procedimento no qual se pautou o empregador. Não se denota, então, abuso do direito na formulação de perguntas, não divulgadas, tampouco o caráter vexatório do teste, causando tribulação ou dor íntima, restando claro o caráter sigiloso e impessoal do teste, sendo mesmo medida de segurança necessária. Dano moral não caracterizado.⁵⁹⁰

Também nesse sentido, foi a decisão proferida pela 11ª Turma do TRT da 2ª Região, de relatoria da Desembargadora Rita Maria Silvestre, segundo a qual as perguntas formuladas com o uso do polígrafo não ofendem a dignidade do obreiro, pois não se inserem no campo da

⁵⁸⁹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00524-2004-092-03-00-4, 4ª Turma, Rel. Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello. Publicação da decisão no DJMG em 04 dez. 2004.

⁵⁹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00316-2003-092-03-00-4, 6ª Turma, Relª. Desembargadora Emília Facchini. Publicação da decisão no DJMG em 03 jun. 2004. Também nesse sentido, o acórdão referente ao RO-00318-2003-092-03-00-3, cujo relator, o Desembargador Fernando Antônio de Menezes Lopes, concluiu que a aplicação de testes de polígrafo, em sala separada, com a presença exclusiva do empregado entrevistado e do entrevistador, sem divulgação do resultado e sem fins persecutórios, com formulação de perguntas pertinentes à segurança do transporte aéreo de pessoas e coisas, não viola os direitos da personalidade do trabalhador. Cf. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. RO 00524-2004-092-03-00-4, 2ª Turma, Rel. Desembargador Fernando Antônio de Menezes Lopes. Publicação da decisão no DJMG em 28 abr. 2004.

intimidade do empregado que pretende exercer a função de vigilante em empresa que presta serviços de segurança.⁵⁹¹

Não obstante as decisões *supra* citadas, a jurisprudência se encontra dividida a respeito do testes de polígrafo no ambiente de trabalho, existindo uma vertente que entende que a utilização de detector de mentira é um ato invasivo, injustificável e violador da intimidade e da privacidade do empregado.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais) já se manifestou, na decisão do Recurso Ordinário n. 00317-2003-092-03-0-9, cujo relator foi o Desembargador José Roberto Freire Pimenta, pela ilegitimidade da utilização pelo empregador do polígrafo, visto que, além de ser um equipamento de eficácia duvidosa quanto a detectar ou não mentiras, extrapolaria os limites de atuação do poder diretivo do empregador, violando a intimidade e atingindo a dignidade do trabalhador, o que geraria seu direito a indenização por danos morais:

Dano moral. Teste do polígrafo (detector de mentiras). Direito à honra e à intimidade do trabalhador. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (art. 5º, inciso X, do Texto Fundamental). Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo que o exercício desse direito potestativo encontra limite em tais direitos e garantias constitucionais. Quando o empregador obriga o seu empregado a se submeter ao teste do polígrafo, equipamento de eficácia duvidosa e não adotado no ordenamento jurídico pátrio, extrapola os limites de atuação do seu poder diretivo e atinge a dignidade desse trabalhador, expondo a honra e intimidade deste e submetendo-o a um constrangimento injustificado, apto a ensejar a reparação pelos danos morais causados por essa conduta.⁵⁹²

De acordo com o voto do relator, a *American Airlines Inc.* submetia o reclamante ao teste do polígrafo uma vez ao ano, ocasião em que eram respondidas perguntas tais como: se usava bebidas alcoólicas, se usava narcóticos, se vendia ou já teria vendido narcóticos, se já teria cometido crime ou sido preso, se teria roubado qualquer propriedade do local onde trabalha ou trabalhou, etc.

⁵⁹¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01258-2004-070-02-00-5, 11ª Turma, Relª. Desembargadora Rita Maria Silvestre. Publicação da decisão no DOE em 3 jul. 2008. No mesmo sentido, tem-se o acórdão do RO 00735-2002-036-02-00-2, da 10ª Turma do TRT-2ª Região, de relatoria da Desembargadora Vera Marta Públio Dias, publicado no DOE em 01 jun. 2004.

⁵⁹² MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 003172003-092-03-00-9, 5ª Turma, Rel. Desembargador Juiz José Roberto Freire Pimenta. Publicação da decisão no DJMG: 05 jun. 2004.

Ademais, não haveria sentido no fato de a reclamada alegar, ao fazer uso dos testes de polígrafo, estar apenas atendendo a uma exigência do Governo Norte-americano, como se o resultado de tais testes não pudesse influir no contrato de trabalho mantido com os seus empregados.

Os empregados que não eram aprovados no teste do polígrafo eram dispensados, de onde se conclui que o resultado do teste era indiretamente divulgado. E, ainda que não o fosse, a simples submissão ao teste gerava sentimentos de insegurança, medo e desconforto.

Este relator deu ênfase aos direitos fundamentais à honra, à imagem e à intimidade, resguardados no art. 5º, incs. V e X, da Constituição Federal de 1988, e à dignidade do trabalhador, visto que no âmbito do contrato de trabalho esses direitos também devem ser respeitados, importando a sua violação em indenização por danos morais.

Também em sentido contrário à utilização do polígrafo no ambiente de trabalho está a decisão do processo 00298-2003-092-03-00-0, de relatoria do Desembargador Manuel Cândido Rodrigues⁵⁹³, que entendeu que o uso do polígrafo, como instrumento técnico de avaliação para fim de admissão em emprego, é inadequado e falho, além de representar um constrangimento pessoal ao examinado, atentando contra a sua dignidade. O cidadão, premido pela necessidade de obter um emprego, só pela certeza de falha do aparelho e pelo fato de não obter o posto de trabalho, está sujeito a reações como sudorese, batimentos cardíacos e outras reações emocionais que podem não guardar respeito com a verdade ou a mentira em relação ao que está respondendo.

De acordo com o relator:

[...] a inquirição constrangedora, realizada na admissão e no curso do contrato de trabalho, faz lembrar a captação da verdade de prisioneiros de guerra. Portanto, o resguardo da segurança dos usuários, a preocupação de evitar-se o contrabando e de se pôr fim ao tráfico de drogas, a obediência a normas da Infraero, do DAC (Departamento de Aviação Civil Brasileira) e do FAA (Agência Reguladora da Aviação Norte Americana), a função exercida pela reclamante, o atentado aos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, a inexistência de divulgação, o consentimento do empregado, a aplicação do teste a todos os trabalhadores e o poder diretivo do empregador que, por sinal, tem limite - não autorizam, de forma alguma, a adoção do vexatório teste, que, obviamente, viola a intimidade, a liberdade, a dignidade e a privacidade do trabalhador. É bom que se diga que, por amor ao emprego "patrimônio do trabalhador" este permite que se realize teste que fere até sua honra e atente contra a dignidade da pessoa humana.⁵⁹⁴

⁵⁹³ Cf. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00298-2003-092-03-00-0, 1ª Turma, Rel. Desembargador Manuel Cândido Rodrigues. Publicação da decisão no DJMG em 30 abr. 2004.

⁵⁹⁴ *Idem, ibidem.*

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) também já se manifestou contra o uso do “detector de mentiras” pelo empregador:

EMENTA: CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONDICIONADA A RESULTADO OBTIDO ATRAVÉS DE TESTE DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. O polígrafo ou "detector de mentiras" (*lie-detector*), máquina inventada no ano de 1.921, foi introduzida no Brasil nos anos sessenta e banida uma década depois. Registra, de forma simultânea, mudanças nos processos fisiológicos, através da medição de batidas do coração, respiração e pressão arterial. Parte-se da premissa de que, enquanto mentimos, sofremos alterações fisiológicas. Contudo, é sabido que indigitadas mudanças não derivam apenas de mentiras, mas também por causas diversas, como tristeza, timidez, angústia, entre outros. Fato concreto é que estudiosos do mundo todo são unânimes em asseverar que não há qualquer prova de que o polígrafo possa medir, de maneira incontestada, se o ser humano está mentindo ou sendo honesto, razão pela qual muitos países não têm admitido como meio de prova os resultados obtidos através de testes de polígrafos. Ademais, as perguntas formuladas pelo empregador não guardam qualquer relação com o vínculo empregatício mantido entre os litigantes e configuram notória violação aos termos expressamente consubstanciados pelo artigo 1º da Lei nº 9.029/95 e dispostos nos incisos do artigo 5º da Carta Magna vigente. Não se pode olvidar, outrossim, que a inserção da empregada no ambiente do trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. Portanto, não há dúvida de que o uso do polígrafo por parte da recorrente apresenta-se como ilegal e ao permitir essa lógica do mercado de aviação, é dizer, essa política equivocada de gerenciamento, estaríamos reduzindo a importância do Direito do Trabalho brasileiro e a força normativa de seus princípios, restringindo o trabalhador à condição de objeto. O empregador deve exercer seu poder diretivo, e esse exercício não lhe autoriza jamais dirigir a vida do empregado. Configurado o ilícito praticado pela reclamada, para atender exigência da empresa aérea "American Airlines", a condenação ao pagamento de indenização por danos morais é medida que se impõe.⁵⁹⁵

O Tribunal Superior do Trabalho enfrentou a questão de forma apenas indireta, visto que os casos sobre o polígrafo que chegaram à Corte Superior Trabalhista versam sobre os danos morais decorrentes da utilização do detector de mentiras, caso em que o Tribunal nega a admissibilidade do Recurso de Revista, ou por envolver matéria que envolve reapreciação de fatos e provas, ou porque as teses apresentadas de Tribunais Regionais diferentes não se mostraram suficientes para caracterizar a necessária controvérsia jurisprudencial sobre o assunto.

⁵⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01275-2003-311-02-00-9, 6ª Turma, Rel. Desembargador Valdir Florindo. Publicação da decisão no DOE em 14 out. 2005. No mesmo sentido, está a decisão no RO 01315.2002.312.02.00-8: Seleção de funcionários por intermédio de polígrafo (detector de mentira) – Ilegalidade – Dano moral – A submissão do empregado ao teste do polígrafo gera constrangimento, eis que expediente discriminatório e que viola a vida íntima do indivíduo, afrontando o art. 5º, X, da CF/88, assim como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III do artigo 1º da CF/88. Recurso a que se dá provimento. Cf. SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. RO 01315.2002.312.02.00-8, 1ª Turma. Relª. Desembargadora Maria Inês M. S. A. Cunha. Publicação da decisão no DOE em 14 mar. 2006.

Entretanto, pode-se dizer que o TST não se manifestou contrariamente à utilização do polígrafo nos arestos pesquisados, nos casos em que a segurança do local de trabalho estava em jogo.⁵⁹⁶

Por seu turno, a doutrina tem-se inclinado pela não admissão desse aparato eletrônico no ambiente de trabalho, mesmo diante do argumento de que o polígrafo visa assegurar a segurança para a empresa, dos próprios empregados e da sociedade.

O argumento favorável à utilização do polígrafo, de que os testes assustariam os que mentem de modo a convencê-los a dizer a verdade, poderia ser rebatido por dois argumentos.

O primeiro deles é a aparente impossibilidade de medir, de maneira absoluta, se o ser humano está mentindo ou não. Até mesmo porque existem pessoas que, embora mintam, têm a capacidade de controlar as possíveis reações fisiológicas decorrentes da mentira, seja naturalmente, seja por meio de remédios, de forma que o polígrafo não registraria alterações significativas e o resultado do teste seria um “falso negativo”.

O outro argumento é de que pessoas sensíveis ou que se sentem constrangidas em passar pelo teste, por terem medo de perder o emprego ou pela própria situação vexatória em si de o detector acusar algo errado, podem ter reações psicofisiológicas que sejam consideradas as de um mentiroso quando na realidade estariam dizendo a verdade, situação em que o resultado seria um “falso positivo”.

Na verdade, não há provas de que o polígrafo realmente funciona, de que a conclusão da leitura do teste está correta ou não, de qual é a porcentagem de acerto nos resultados dos

⁵⁹⁶ Cf. Acórdãos de Agravo de Instrumento de decisão proferida em Recurso de Revista AIRR-524/2004-092-03-40.9, 3ª Turma, Rel. convocado Desembargador José Ronald Cavalcante Soares. Publicação da decisão no DOU em 30 set. 2005: “o entendimento do Colegiado Regional reflete aquilo que está insculpido no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal, respeitadas as particularidades fáticas que ornaram contrato de trabalho da reclamante, desfigurando uma suposta violência da empresa demandada, tomando-se por base o raciocínio de que a reclamante se submetia aos testes com polígrafo desde 1999. A reviravolta do contexto fático-probatório é inteiramente inviável em sede de revista, conforme o óbice da Súmula 126 desta Corte”; e AIRR-1236/2004-042-02-40.0, 6ª Turma, Ministro Rel. Maurício Godinho Delgado. Publicação da decisão no DOU em 27 ago. 2008: “o Reclamante interpõe recurso de revista, às fls. 170-191. Sustenta que as perguntas formuladas no polígrafo lhe causaram constrangimento, porquanto invadia a sua privacidade. Argumenta que o uso do polígrafo era utilizado como meio de ameaça, durante o contrato de trabalho. Aduz como violados os arts. 1º e 5º, V e X, da CF e 186 e 942 do CCB. Traz arestos para o cotejo de teses. [...] Sem razão. Da leitura do excerto reproduzido, tem-se que o Regional entendeu que o autor não foi submetido à situação humilhante e ofensiva à sua dignidade de ser humano e trabalhador, tão-somente passou por um teste realizado na fase de seleção. Com efeito, o Juízo de segundo grau apreciou livremente as provas, valorando-as de modo a formar o seu convencimento. Entendeu que o teste de seleção exigiu um maior rigor, em face da função diferenciada que exerceria o reclamante. Fixadas tais premissas pelo Tribunal Regional, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nesta seara recursal de natureza extraordinária, de acordo com a diretriz perflhada pela Súmula 126/TST. Não vislumbro, pois, violação a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional invocado pela Recorrente, porquanto, conforme já explicitado, o Regional concluiu inexistir o dano moral alegado pelo Reclamante.”

testes e, muito menos, de que eles são mais confiáveis do que outros métodos não tecnológicos.⁵⁹⁷

De acordo com Kevin Bonsor, às vezes o examinador de polígrafo também pode interpretar mal a reação de uma pessoa a uma pergunta em particular. O fator humano e a natureza subjetiva do teste são duas razões pelas quais os resultados do exame de polígrafo raramente são admitidos nos tribunais como prova. Nos EUA, o Novo México é o único estado que permite abertamente a admissão, em juízo, dos resultados de exame de polígrafo. Todos os outros determinam o cumprimento de algum tipo de condição antes de admitir os exames de polígrafos nos autos dos processos, como, por exemplo, que ambas as partes concordem com esse tipo de prova.⁵⁹⁸

Alice Monteiro de Barros explica que, pelas mesmas razões até aqui transcritas, a maioria dos juízes canadenses considera inadmissível a obtenção de provas por esse meio, no contexto das relações de trabalho. A jurisprudência da Suprema Corte do Canadá entende que “o teste de polígrafo é assimilado às perquirições abusivas e inconstitucionais, pois, de um lado, não permite encontrar uma prova válida, e, de outro, seu valor científico é duvidoso. Além disso, esse teste constitui um sério atentado à privacidade dos empregados.”⁵⁹⁹

Ainda de acordo com Barros, na França o teste do polígrafo encontra obstáculo no art. 120-2 do Código do Trabalho, que veda restrições aos direitos das pessoas e às liberdades coletivas que não sejam justificadas pela natureza das tarefas a executar, nem sejam proporcionais aos fins almejados. O teste não seria realizado na França, pois seria uma “técnica forçada de transparência”.⁶⁰⁰

Ademais, outro problema sério é o examinador que faz o teste do polígrafo, posto que nem sempre essas pessoas possuem as credenciais e a qualificação necessárias para exercer a profissão. Frank Horvath, professor de justiça criminal da Universidade de Michigan e membro da Associação Americana de Polígrafo, explica que nos Estados Unidos, por exemplo, muitos dos examinadores de polígrafos não pertencem a nenhuma organização profissional. As leis sobre licenciamento de polígrafo variam de acordo com o Estado e não

⁵⁹⁷ POLÍGRAFO (máquina "detector de mentiras"). Disponível em: <<http://skepdic.com/brazil/poligrafo.html>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

⁵⁹⁸ BONSOR, Kevin. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008

⁵⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. *Op. cit.*, p. 587.

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 587.

há governo ou entidade privada que controle o licenciamento. Ademais, o treinamento dos examinadores muitas vezes é inadequado.⁶⁰¹

Para Fernando Büscher Von Teschenhausen Eberlin⁶⁰², a utilização do polígrafo para admitir ou manter um empregado pode configurar uma ofensa ao art. 1º da Lei n. 9.029/95, que proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

Nesse sentido, Sylvain Lefebvre, citado por Alice Monteiro de Barros, realça “a possibilidade de distinção ou exclusão infundada provocada pelo teste do polígrafo, uma vez que, para obter resultados, é necessário fazer indagações sobre temas discriminatórios”.⁶⁰³ Para atingir os objetivos dos testes, são abordadas questões muito pessoais, a respeito de atuação política ou sindical do trabalhador e de crimes, drogas e qualquer dado que possa excluir o empregado do modelo de trabalhador perfeito.

Eberlin explica que havia um projeto de lei (nº 7.253/2002), no Congresso Nacional brasileiro, que proibía expressamente a utilização do polígrafo no ambiente de trabalho. Esse projeto, contudo, foi arquivado em janeiro de 2003.⁶⁰⁴

Por seu turno, a Organização Internacional do Trabalho, em outubro de 2006, em reunião de peritos, aprovou o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais de Trabalhadores e Recomendações para uma ação futura da OIT, incluindo a possibilidade da adoção de normas internacionais do trabalho sobre o assunto.

Segundo Alice Monteiro de Barros, o Repertório tem como âmbito de aplicação os setores público e privado e sua finalidade é orientar os países na elaboração de leis, regulamentos, convenções coletivas e políticas de trabalho, considerando que a utilização de técnicas de informática, de vigilância eletrônica e os exames genéticos e toxicológicos

⁶⁰¹ De acordo com Bonsor, nos EUA os aparelhos não têm seu uso limitado ao setor privado, sendo frequentemente usados pelo governo americano. A Agência Central de Inteligência (CIA), o Departamento Federal de Investigação (FBI) e a Agência Nacional de Segurança (NSA) são exemplos de entidades ligadas à segurança que utilizam o aparelho. Ademais, os testes de polígrafo são realizados em investigações criminais, na seleção e pré-contratação de empregados, em investigações internas das forças policiais e por bancos e empresas de aviação, bem como pelas empresas em geral, para fazer os funcionários confessarem infrações. Cf. BONSOR, Kevin. *Op. cit.* Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008

⁶⁰² EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Poder de direção *versus* direito à privacidade do empregado. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 17, n. 205, jul. 2006, p. 93.

⁶⁰³ LEFEBVRE, Sylvain. Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d’Aix – Marseille – 1998, p. 150 *apud* BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. *Op. cit.*, p. 587.

⁶⁰⁴ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Op. cit.*, p. 94.

impõem a necessidade de elaborar disposições no âmbito nacional, visando proteger a dignidade dos candidatos a emprego, dos empregados e dos ex-empregados. Entre as recomendações do Repertório está a proibição da utilização de polígrafos ou outro meio similar de comprovação da verdade e a viabilidade de se valer das provas de personalidade somente quando elas puderem ser rechaçadas pelo empregado.⁶⁰⁵

7.2 Os detectores de metais e as revistas pessoais

Na realidade, como o objeto dessa dissertação são os meios eletrônicos utilizados no ambiente de trabalho que podem ensejar a violação da intimidade e da privacidade do empregado, nesse tópico serão abordadas, preponderantemente, as revistas realizadas através dos detectores de metais como uma espécie de revista pessoal, sendo apenas pontuadas as questões relativas às revistas em geral, sem o uso desses aparatos.

São, basicamente, dois os tipos de revista levados a efeito pelos empregadores: a mera revista pessoal, realizada em bolsas, sacolas e pertences do empregado, e a revista íntima, aquela em que o(a) empregado(a) deve ficar em trajes íntimos ou nu(a) diante de supervisores. A primeira é admitida e tolerada pela doutrina e jurisprudência desde que observados determinados critérios, embora parte da doutrina entenda que ela só poderá ser feita se estiver prevista no regulamento da empresa ou em acordo coletivo. A segunda, de modo geral, é rechaçada em qualquer situação, sobretudo após a introdução na CLT do art. 373-A, VI, pela Lei n. 9.799/1999⁶⁰⁶, que proíbe expressamente a revista íntima em mulheres.

Embora esse dispositivo se encontre na parte relativa aos direitos trabalhistas das mulheres, não significa que essa proteção deva se restringir a elas, já que, nos termos da Constituição, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (inc. I do art. 5º).⁶⁰⁷ É

⁶⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção da intimidade do empregado. *Op. cit.*, p. 23-24.

⁶⁰⁶ Antes da Lei n. 9.799/99 foram editadas algumas leis municipais, proibindo a revista íntima. É, aliás, o que se infere da Lei n.º 7.451, publicada pela Câmara Municipal de Belo Horizonte, no dia 27.02.98. Dispõe o art. 1º da referida lei que "ficam os estabelecimentos comerciais, industriais e de prestações de serviços, com sede ou filiais no Município, proibidos da prática de revista íntima nos empregados". Considera-se revista íntima a coerção para se despir ou qualquer ato de molestamento físico que exponha o corpo. De forma semelhante dispõe a Lei n.º 4.603, de 02.03.98, editada pela Câmara Municipal de Vitória, quando no art. 10 proíbe as revistas íntimas em funcionárias ou funcionários, por parte de empregadores ou prepostos de empresas privadas, estabelecimentos comerciais, órgãos da administração direta e indireta, sociedades de economia mista, autarquias e fundações em atividades no Município de Vitória.

⁶⁰⁷ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Direito à intimidade X revista pessoal do empregado. Revista do TRT da 12ª Região, Santa Catarina, n. 21, 1º sem. 2005, p. 60.

importante ressaltar que, ao coibir a revista íntima, o texto legal não proíbe a revista em si (não íntima ou pessoal).

As revistas são realizadas pelos empregadores basicamente por dois motivos principais: o primeiro seria a necessidade de preservação do patrimônio empresarial, seja dos meios de produção, seja dos bens produzidos, e o segundo seria a segurança das pessoas que se encontram no meio ambiente de trabalho.

Uma parte da doutrina nacional, com fundamento na função de controle inerente ao poder diretivo e à falta de disposição específica na legislação trabalhista, admite as revistas pessoais, como medida preventiva. Outra vertente a condiciona a um ajuste prévio ou à previsão no regulamento da empresa. E, finalmente, existem autores que se insurgem de modo absoluto contra a revista, por considerá-la atentatória ao direito individual do empregado, diante do qual a autoridade na empresa deve curvar-se.⁶⁰⁸

A jurisprudência brasileira, por sua vez, tem tolerado a revista pessoal em alguns casos desde que seja observado o limite do razoável, ou seja, não tem admitido conduta que agrida a dignidade da pessoa do trabalhador, ante os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.⁶⁰⁹ Esta premissa faz com que seja necessária a análise de cada caso concreto para, então, definir o que é e o que não é abusivo.

No RO 01234.2002.311.02.00.1, decidido pela 6ª Turma do TRT da 2ª Região (São Paulo), o empregador possuía um sofisticado sistema de vigilância eletrônica e, mesmo assim, fazia a revista pessoal dos empregados mediante o uso de detector de metais. O juiz relator entendeu que o empregado não comprovou qualquer situação que revelasse dano moral, vez que este era revistado com detector de metais que era deslizado sobre a roupa (ou seja, ele não era tocado pelo segurança), permanecendo vestido durante a revista, sendo certo, ainda, que o empregado havia sido avisado, no momento da contratação, do procedimento de revista. O juiz também levou em consideração dois pontos fundamentais na revista de empregados: (i) é um direito do empregador que (ii) não pode ferir os direitos de personalidade do empregado.⁶¹⁰

Em sentido contrário a esse entendimento, a decisão do TRT da 9ª Região (Paraná), proferida nos autos do RO 02588.2007.020.09.00.6, entendeu que, em virtude do avanço da tecnologia, com a possibilidade de utilização de câmeras de vídeo, por exemplo, qualquer

⁶⁰⁸ BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do poder diretivo. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, v. 15, n. 711, 25 maio 1998, p. 553.

⁶⁰⁹ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. *Op. cit.*, p. 62.

⁶¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01234.2002.311.02.00.1, 6ª Turma, Rel. Desembargador Valdir Florindo. Publicação da decisão no DOE em 31 ago. 2004.

revista realizada por empregador que vise resguardar patrimônio da empresa, ainda que sem contato corporal entre vistoriador e vistoriado, gera violação da presunção de inocência do empregado, ensejando a reparação por danos morais.⁶¹¹

A revista, a rigor, vem sendo considerada, com acerto, como verdadeira atividade de polícia privada. Logo, só poderá ocorrer de forma geral, não discricionária e apenas em circunstâncias excepcionais, respeitando-se ao máximo a esfera de privacidade do empregado.

A decisão do Recurso Ordinário 00470-2004-044-03-00-3, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), cuja relatora foi a Desembargadora Alice Monteiro de Barros⁶¹², entendeu como legítima a revista em bolsas e sacolas dos empregados, desde que respeitadas as seguintes diretrizes: deve ser o último recurso para satisfazer o interesse empresarial; devem existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista; deve ser feita em caráter geral, impessoal, através de critério objetivo; deve haver, sempre, o máximo respeito à honra, dignidade, intimidade e privacidade do empregado.

Na lição de Alice Monteiro de Barros, além dos requisitos elencados, a tecnologia também poderá ser utilizada para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo, a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas nos estabelecimentos comerciais. Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, por meio de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros). A revista individual só se justifica quando fundada em sérias razões. A revista efetuada em uma ou poucas pessoas, ainda que de forma superficial e respeitosa, pode ser altamente lesiva para elas, pois se tornarão suspeitas. Daí a inadmissibilidade de controles discriminatórios, arbitrários, dos quais advenha predisposição contra os empregados selecionados.⁶¹³

Ainda segundo Barros, a revista deverá ser realizada, em geral, na saída. Na entrada do trabalho ou durante a execução do serviço, justifica-se apenas excepcionalmente, não só em face da intensificação do fenômeno terrorista no mundo, mas também pelo fato de que, em determinadas atividades (minas, por exemplo), deverá ser evitada a introdução de objetos como explosivos ou outro objeto capaz de colocar em risco a segurança das pessoas ou o

⁶¹¹ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 02588.2007.020.09.00.6, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Rosemaire Diedrichs Pimpão. Publicação da decisão no DJPR em 23 set. 2008.

⁶¹² MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00470.2004.044.03.00.7, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Alice Monteiro de Barros. Publicação da decisão no DJMG em 30 jun. 2004.

⁶¹³ BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do poder diretivo. *Op. cit.*, p. 553.

patrimônio empresarial. Sugere-se, para tal fim, o sistema automático de detecção de objetos, não seletivo, geralmente usado nos aeroportos; a partir daí, pode-se justificar a revista individualizada de certos empregados, em relação aos quais funcionou o sinal de alarme, sempre com a menor publicidade possível, na presença de um colega de trabalho, dependendo da circunstância, de colega do mesmo sexo, e respeitando-se sua dignidade pessoal. A utilização desses controles, ainda que de maior custo econômico do que as revistas manuais, impõe-se, em nome da tutela da dignidade do empregado.⁶¹⁴

Se o empregador tem condições de fiscalizar as atividades do empregado e proteger seu patrimônio de outra forma que não com a revista ou outro procedimento que afete os direitos de personalidade, deve fazê-lo, sob pena de ser condenado. Em outras palavras, o empregador não deve se valer da revista apenas por ser esta a forma mais cômoda de defender o seu patrimônio. Ou seja, o meio escolhido pelo empregador, a título de defesa de seu direito de propriedade, deve ser o estritamente necessário para atingir o objetivo por ele colimado, restringindo o mínimo possível os direitos fundamentais dos trabalhadores. Como, no caso, existem outros meios alternativos para proteção do patrimônio da empresa, como câmeras, códigos de barra e a fiscalização visual dos empregados a utilização de revistas que atentem contra a dignidade dos empregados deverão ser rechaçadas.

Ademais, a revista só deve ser levada a efeito quando houver motivos – ou razões – concretas para tanto, ou seja, quando houver na empresa bens suscetíveis de subtração ou ocultação ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial ou para a segurança das pessoas.

Para Daniela Alves Gomes, furtos circunstanciais não justificam a revista pois, se eventuais, não causam grande prejuízo ao patrimônio e pequenas diminuições no patrimônio fazem parte do risco do negócio. Seria esta uma forma muito simplista e acomodada de o empregador defender seu patrimônio.⁶¹⁵

Para a autora, a revista feita de forma desmotivada deve ser entendida como abusiva, pois coloca o trabalhador na mira do empregador, ferindo seu direito à intimidade e vida privada e a sua dignidade e quebrando o princípio da boa-fé do contrato de trabalho, sem que haja uma situação concreta que justifique esse procedimento, já que o empregador age apenas por cautela.⁶¹⁶

⁶¹⁴ *Idem*, p.553-554.

⁶¹⁵ GOMES, Daniela Alves. Direito à intimidade do empregado. Suplemento Trabalhista LTr, São Paulo, v. 41, n. 148/05, p. 664.

⁶¹⁶ *Idem*, *ibidem*.

Por isso, muitos julgadores entendem que não há qualquer sentido em se proceder a uma revista cotidiana nos pertences do empregado sem que haja um motivo concreto capaz de caracterizar a prática de determinado ato ilícito.⁶¹⁷

As revistas devem ter caráter geral e impessoal, ou seja, não podem ser efetuadas em uma ou poucas pessoas⁶¹⁸ ou em apenas empregados pouco graduados, ainda que de forma superficial e respeitosa, já que esses trabalhadores podem se tornar suspeitos, o que geraria grande constrangimento a eles.

Também é importante que a revista seja feita de forma discreta, em local próprio e não na presença de terceiros.

Estas regras são aplicadas para a revista de objetos dos empregados, como, por exemplo, bolsas, carteiras, papéis, fichários, e de espaços a ele reservados como armários, mesas, gavetas e escaninhos, que se tornam privados por destinação. Nestas situações, entende-se que se o empregador disponibiliza ao obreiro espaços exclusivos, obriga-se, implicitamente, a respeitar a sua intimidade. Como a revista realizada nessas circunstâncias implica em violação da intimidade do empregado, ela só poderá ocorrer em situações concretas em que haja efetivo perigo ao patrimônio do empregador ou à segurança dos funcionários⁶¹⁹, já que a invasão da esfera particular do indivíduo compreende não apenas o seu corpo mas também os seus pertences, não sendo necessário despir o empregado para que a violação da sua intimidade ocorra.

Em contrapartida, outros consideram que a vistoria realizada em sacola de compras realizadas pelo empregado junto ao próprio empregador, em conformidade com as regras observadas em relação a todos os empregados, quando praticada de forma respeitosa e discreta, não configura qualquer ofensa aos denominados direitos de personalidade.⁶²⁰

A mesma "tolerância", contudo, não é verificada quando a revista é íntima, expediente muito comum em empregadas de fábricas de lingerie⁶²¹. Neste caso, qualquer que seja a

⁶¹⁷ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. *Op. cit.*, p. 62.

⁶¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. *Op. cit.*, p. 75.

⁶¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do poder diretivo. *Op. cit.*, p. 551.

⁶²⁰ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. *Op. cit.*, p. 62.

⁶²¹ É deveras citada a decisão proferida pelo Juiz Sérgio de Souza Verani da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, que condenou o proprietário da empresa *De Millus* a elevada multa, por incorrer na prática de crime de constrangimento ilegal, ao submeter 3.000 empregadas do setor de produção a revistas periódicas, no final do expediente. As operárias eram encaminhadas a cabines sem cortina, em grupos de trinta, e recebiam instruções para levantar as saias e blusas ou abaixar as calças compridas, a fim de que fossem examinadas as etiquetas das peças íntimas e, quando ocorria de estarem menstruadas, deveriam mostrar a ponta do absorvente higiênico, para provar que não havia peças escondidas no local. Cf. BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do poder diretivo. *Op. cit.*, p. 551.

situação concreta, a revista íntima é encarada como grave violação aos direitos de personalidade, sendo que o exercício do poder de direção dessa forma é considerado abusivo.

Nesse sentido, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), em sede de Recurso Ordinário, cujo Relator foi o Desembargador José Roberto Freire Pimenta, assim decidiu:

DANO MORAL - DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR - Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo é que o exercício desse poder potestativo encontra limite no direito à intimidade e à honra do trabalhador. A revista, quando indispensável, deve realizar-se com absoluta discrição e em ambiente fechado que preserve a intimidade do trabalhador, não em galpão aberto, diante das colegas de trabalho e de quem mais ali estivesse presente.⁶²²

Com entendimento semelhante, o Tribunal Regional da 2ª Região (São Paulo) assim decidiu:

TRANSPORTADORA DE VALORES. NUDEZ. REVISTA ÍNTIMA. ATENTADO À DIGNIDADE DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Ainda que se trate de empresa de transporte de valores, a prática diária de revista íntima, mesmo realizada por pessoa do mesmo sexo, não pode ser convalidada porque agride a dignidade humana, fundamento da República (CF, 1º, 111). O direito do empregador, de proteger seu patrimônio e o de terceiros termina onde começa o direito à intimidade e dignidade do empregado. A sujeição do empregado a permanecer nu ou de cuecas diante de colegas e superiores, retira legitimidade à conduta patronal, vez que incompatível com a dignidade da pessoa, com a valorização do trabalho humano e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art. 5º, XIII, art. 170, *caput* e III) e ainda, porque a Carta Magna veda todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III), e garante a todos a inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). Tratando-se de direitos indisponíveis, não se admite sua renúncia e tampouco, a invasão da esfera reservada da personalidade humana com a imposição de condições vexaminosas que extrapolam os limites do poder de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados. A revista íntima não pode ser vista como regra ou condição contratual, pois nem mesmo a autoridade policial está autorizada a proceder dessa forma sem mandado. A revista sem autorização judicial inverte a ordem jurídica vigente no sentido de que ninguém é culpado senão mediante prova em contrário. Estabelecer presunção de culpa contra os empregados, apenas pelo fato de a empresa lidar com valores é consagrar odiosa discriminação contra os trabalhadores dessa sofrida categoria, como se fosse regra a apropriação, por estes, do numerário confiado por terceiros aos seus empregadores. Decisão que se reforma para deferir indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF).⁶²³

⁶²² MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 8146/02, 7ª Turma, Rel. Desembargador José Roberto Freire Pimenta. Publicação da decisão no DJMG em 13 ago. 2002.

⁶²³ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01259200244202001, 4ª Turma, Rel. Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Publicação da decisão no DOE em 11 nov. 2005. Em sentido contrário, o TRT da 6ª Região (Pernambuco), no RO 00117.2003.906.06.00.9, entendeu que a revista íntima realizada em funcionários de empresa de segurança e transporte de valores é medida de segurança, não restando comprovado o comportamento ilícito ensejador da indenização por danos morais. Cf. RO 00117.2003.906.06.00.3, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Maria Helena Guedes Soares de Pinho. Publicação da

No sentido de condenar a realização das revistas íntimas feitas pelo empregador para assegurar a propriedade dos bens do empregador, violando a intimidade dos empregados, o Tribunal Superior do Trabalho, no AIRR-1232.2005.029.03.40.8, assim se pronunciou de forma lapidar:

A questão relativa às revistas pessoais coloca em conflito dois direitos fundamentais: o direito à intimidade e o direito à propriedade, ambos assegurados pelo art. 5º, da CF/88, nos incisos X e XXII, respectivamente. Para a sua solução, não se pode olvidar que a Constituição Federal deve ser interpretada como um todo harmônico, de maneira a evitar contradições entre suas normas (princípio da unidade da Constituição); de modo a atribuir à norma a máxima eficácia (princípio da máxima efetividade) e de forma adequada ao fim colimado, sem excessos e sem desconsiderar o conjunto dos interesses contrapostos (princípio da proporcionalidade). No caso da relação de emprego, caracterizada, principalmente, pela subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, exerce este sobre aquele poder diretivo e fiscalizador. Contudo, esses poderes do empregador de ditar as regras quanto à prestação dos serviços e de fiscalizá-los não retiram do empregado a sua condição de cidadão, possuidor de direitos, dentre eles o de ser respeitado na sua intimidade e vida privada. Nesse passo, o procedimento de revista dos empregados para a garantia do direito de propriedade encontra limites no princípio da dignidade da pessoa humana. Embora possa ser praticado, dependendo do ramo e da atividade em que atua o empregador, há de ser moderado, sem abusos e de forma suficiente ao fim colimado. [...] A realidade vivida pelo trabalhador, tal como apresentada no feito, atentava contra o princípio da proporcionalidade, na medida em que se, por um lado, havia o legítimo interesse da empresa em resguardar o seu patrimônio, por outro, com o procedimento por ela adotado, havia ofensa inequívoca ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental na constituição do Estado Democrático de Direito, e previsto no art. 1º, inciso V, da Constituição Federal. Portanto, no caso, revela-se inequívoco o desequilíbrio dos interesses contrapostos, restando comprometida a proporcionalidade que deveria existir entre eles, já que privilegiada, pelo empregador, a defesa do direito de propriedade.

E assim é, porque um método de revista pessoal em que o empregado é submetido à expectativa de ter de "abaixar as calças", se assim lhe for exigido, por suspeita fundada na mera subjetividade do fiscal, proporciona inequívoco constrangimento, independentemente de se consumir ou não o ato. Tal exigência, por certo, ultrapassa os limites do poder diretivo e disciplinar do empregador, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, com afronta à honra e à intimidade do empregado.⁶²⁴

No que tange especificamente às revistas pessoais realizadas com detectores de metais, a jurisprudência trabalhista tem apresentado uma tendência de considerá-las excessivas quando cumuladas com outros meios de fiscalização, sendo toleradas quando é o único meio utilizado pelo empregador para a proteção dos bens produzidos e para a segurança das pessoas no ambiente de trabalho, desde que respeitada a intimidade e a dignidade dos empregados

decisão no DOE em 03 maio 2003. Em sentido por sua vez oposto, o próprio Tribunal já se manifestou no sentido de violação ao direito de intimidade do empregado em face da obrigatoriedade de submissão às revistas íntimas. Cf. RO 01156.2004.012.06.00.7, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Dione Nunes Furtado da Silva. Publicação da decisão no DOE em 15 jun. 2005.

⁶²⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1232.2005.029.03.40.8, 4ª Turma, Ministra Relª. Maria de Assis Calsing. Publicação da decisão no DOU em 11 abr. 2008.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), no RO 00051.2007-024-03-00-0, em caso considerado atentatório da dignidade da pessoa humana, em vista da realização de revista através de detectores de metais e de nova revista com a necessidade de o empregado retirar peças de roupa, assim decidiu:

REVISTA PESSOAL. DETECTOR DE METAIS. NECESSIDADE DE O EMPREGADO RETIRAR O JALECO E AS BOTAS EM PÚBLICO. DANO MORAL. Submetido o reclamante à revista pessoal ao soar o BIP, quando de sua passagem pelo detector de metais, ocasião em que, na frente de todos, teve que tirar o jaleco e as botas, para a avaliação de terceiro, não há dúvida de que passou por situação vexatória e humilhante o suficiente para ensejar reparação por dano moral. A prática, em tal circunstância, é lesiva à dignidade do trabalhador, atentando contra o princípio da proporcionalidade, na medida em que se, por um lado, havia o legítimo interesse da empresa em resguardar o seu patrimônio, por outro, com o procedimento por ela adotado, houve ofensa inequívoca ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental na constituição do Estado Democrático de Direito, e previsto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna.⁶²⁵

O Tribunal Regional da 9ª Região (Paraná) entendeu não haver abuso do poder de fiscalização quando a revista em pertences do empregado é feita através de detector de metais, sendo nova verificação realizada somente após o alarme do aparato apitar, desde que a revista seja realizada sem excessos, visando resguardar o patrimônio empresarial:

REVISTAS - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - As revistas realizadas pelo empregador não se configuram como atentatórias à moral e à dignidade, quando não são direcionadas a um empregado específico, sendo feitas por sorteio, o que demonstra a total impessoalidade da prática. Também não se vislumbra qualquer abuso do poder de fiscalização do empregador, quando a revista realizada em sacolas e pertences dos trabalhadores é efetuada através de detector de metais, sendo obrigação do setor de segurança verificar o motivo do alarme, para salvaguardar o patrimônio da empresa. Assim sendo, procedida em observância à lei, sem revelar-se

⁶²⁵ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00051.2007.024.03.00.0, 8ª Turma, Rel. Juiz Convocado Paulo Maurício Ribeiro Pires. Publicação da decisão no DJMG em 20 nov. 2007. No mesmo sentido, o Tribunal mineiro entendeu excessiva a necessidade de o empregado, após passar por revista íntima vexatória, em que tinha que ficar totalmente despido ao sair do posto de trabalho, na presença de seguranças armados e outros empregados, sofrer nova revista em seus pertences, como bolsas, carteira e pochette, e revista pessoal através de detector de metais na entrada e na saída do serviço. O empregador, por extrapolar os limites do poder diretivo, violando a intimidade e privacidade do empregado, foi condenado a pagar R\$6.000,00 de indenização por danos morais. Cf. RO 00530.2005.036.03.00.4, 6ª Turma, Rel. Desembargador Ricardo Antônio Mohallem. Publicação da decisão no DJMG em 20 out. 2005. Nos Embargos de Declaração 00572.2007.022.06.00.8, o Tribunal do Recife entendeu que a realização de revistas, apalpando as partes íntimas do empregado, somado à passagem pelo detector de metais, submetia o trabalhador a situação humilhante e vexatória. Cf. PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. ED 00572.2007.022.06.00.8, 2ª Turma, Rel. Desembargador Ivanildo da Cunha Andrade. Publicação da decisão no DOE em 23 jan. 2008. No RO 00294.2007.301.04.00.3, o Tribunal Regional do Rio Grande do Sul entendeu que a revista realizada em bolsas e a revista por detector de metais na parte externa do estabelecimento, à vista de transeuntes que passavam pelas proximidades, inclusive fazendo brincadeiras com os trabalhadores, expôs os empregados a situação vexatória, desnecessária e constrangedora. Cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO 00294.2007.301.04.00.3, 9ª Turma, Rel. Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo. Publicação da decisão no DOE em 12 jan. 2009.

excessiva, tampouco abusiva, a conduta do empregador não vulnera nem o sistema democrático vigente, nem direito individual do trabalhador, não se revestindo de caráter atentatório à dignidade do empregado que pudesse gerar direito à reparação de ordem moral. A realização de revistas, de forma estritamente profissional, e sem excessos, visa resguardar o patrimônio da empresa, o que lhe é de direito. Indevido o pagamento da indenização por danos morais.⁶²⁶

No sentido de não haver violação da intimidade do empregado pela realização de revistas por meio de detector de metais, desde que preservada a dignidade do trabalhador, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia), já decidiu:

REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. A revista promovida pelo empregador, através de detector de metais em ambientes reservados, implica em exercício regular do seu poder diretivo, mormente quando se trata de empresa que comercializa remédios controlados pelo Governo.⁶²⁷

Há decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) que entendeu que mesmo em estabelecimentos que envolvem o comércio de produtos de valor, como joalheria, a revista dos empregados realizada através de detector de metais é atentatória da intimidade e da honra do empregado, agredindo a dignidade da pessoa do trabalhador:

COMÉRCIO DE JÓIAS. REVISTA COM DETECTOR MANUAL DE METAIS. ATENTADO À DIGNIDADE DA TRABALHADORA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Ainda que se trate de empresa que atua no comércio de jóias, a prática diária de revista realizada de forma constrangedora, passando o detector de metais inclusive entre as pernas das empregadas, mesmo realizada por pessoa do mesmo sexo, o que, *in casu*, nem sempre ocorria, não pode ser convalidada porque agride a dignidade humana, fundamento da República (CF, 1º, III). O direito do empregador de proteger seu patrimônio e o de terceiros termina onde começa o direito à intimidade e dignidade da empregada. A conduta patronal é incompatível com a dignidade da pessoa humana, com a valorização do trabalho e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art.5º, XIII, art. 170, *caput* e III) e ainda, porque a Carta Magna veda todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III), e garante a todos a inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). Tratando-se de direitos indisponíveis, não se admite sua renúncia e, tampouco, a invasão da esfera reservada da personalidade humana com a imposição de condições vexaminosas que extrapolam os limites do poder de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados. A revista íntima não pode ser vista como regra ou condição contratual, pois nem mesmo a autoridade

⁶²⁶ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 02624.2005.021.09.00.6, 4ª Turma, Relª. Desembargadora Sueli Gil El-Rafihi. Publicação no DJPR em 24 out. 2008.

⁶²⁷ BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. RO 00183.2005.196.05.00.4, 4ª Turma, Rel. Desembargador Valtércio de Oliveira. Publicação no DOJT em 29 jun. 2006. No mesmo sentido, o RO 00183.2005.195.05.00.4, 2ª Turma, Desembargador Relator Cláudio Brandão. Publicação no DOE em 23 maio 2006: “DANO. DETECTOR DE METAIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O fato de a empresa submeter os seus empregados ao detector de metais, não induz violação aos direitos personalíssimos, desde que preservados os fundamentos do respeito à dignidade do trabalhador.”

policial está autorizada a proceder dessa forma. Decisão que se reforma para deferir indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF).⁶²⁸

Em caso envolvendo empresa que realizava revistas manuais e por detecção de metais em empregados, o Tribunal Superior do Trabalho assim se manifestou:

No caso concreto, está em debate se a revista à bolsa da empregada, ao final da jornada, enquadra-se na hipótese de dano moral prevista no art. 5º, X, da CF/88, enquanto o recurso de revista vem fundamentado no art. 5º, XXII, da CF/88, que trata do direito de propriedade. Seria preciso afastar, diretamente, a hipótese do art. 5º, X, para só então concluir-se, indiretamente, pela eventual afronta ao art. 5º, XXII.

Dada a relevância da matéria, deve ser registrado que o direito de propriedade não se sobrepõe à dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III, da CF/88) e norma matriz do direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X).⁶²⁹

Diante dos arestos colacionados, constata-se que há uma grande divergência jurisprudencial a respeito da aceitação da revista pessoal através de detectores de metais, sobretudo quanto à validade de nova revista quando o detector soa alarme que torna suspeito o empregado vistoriado.

Para tentar chegar a um denominador comum entre a necessidade de preservação do patrimônio empresarial e a intimidade e privacidade do empregado, Lília Eleonor Abreu e Deyse Jacqueline Zimmermann ressaltam que é importante que as condições e hipóteses de admissibilidade da revista, enquanto não regulamentadas por lei específica, sejam ajustadas previamente com o sindicato da categoria (instrumento coletivo) ou estejam contidas no regulamento da empresa, “com observância do direito à intimidade e à honra do trabalhador e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo que os abusos serão resolvidos pela Justiça do Trabalho”,⁶³⁰ que é competente para julgar o conflito e reconhecer eventual dano moral (art. 114, inc. VI, da CF/88).

⁶²⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 02023.2005.047.02.00.4, 4ª Turma, Rel. Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Publicação da decisão no DOE em 01 jun. 2007.

⁶²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 4999.2006.034.12.40.6, 5ª Turma, Ministra Relª. Kátia Magalhães Arruda. Publicação da decisão no DOU: 19 set. 2008.

⁶³⁰ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. *Op. cit.*, p. 64.

7.3 As câmeras de vídeo

A utilização de câmeras de vídeo, que podem ser dispostas isoladamente ou formando um circuito interno de televisão, é prática comumente utilizada pelo empregador para a fiscalização do trabalho de seus empregados, com o intuito de buscar a máxima produtividade através da observação do processo de produção, bem como de garantir a segurança no estabelecimento, evitando furtos (seja de instrumentos de trabalho, seja de bens produzidos) e desvios de atenção por parte dos empregados.

O uso deste tipo de aparato é normalmente admitido pela doutrina e jurisprudência desde que observados alguns limites, como a proibição da instalação de câmeras em locais como banheiros, vestiários, refeitórios e salas de descanso, em virtude da necessidade de garantir que a intimidade e a privacidade dos empregados sejam preservadas nesses espaços.

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregado seja exercido através de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência da tecnologia. Mas, de acordo com Bruno Lewicki, é inadmissível “entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução de aparelhos audiovisuais indistintamente.”⁶³¹

Deve, portanto, haver sensatez e equilíbrio na utilização desses aparatos, de forma que não interfira diretamente na intimidade do empregado. Assim, seria considerada ilegal a gravação, reprodução e divulgação de aspectos e manifestações de caráter íntimo do empregado.

Segundo Eberlin, para que o empregador possa fazer uso deste tipo de tecnologia sem que atinja a intimidade dos seus empregados, deverá observar, além da razoabilidade na utilização da tecnologia, alguns cuidados, como dar ciência ao empregado de que está sendo filmado, restringir o uso de câmeras a locais onde isso efetivamente seja necessário (necessidade) e nunca utilizar este tipo de recurso em ambientes “sagrados por natureza”, tais como vestiários, banheiros e cantinas. “Há também, o entendimento de que a câmera não deve ficar enfocada apenas no posto de trabalho de um empregado (mas sim no ambiente como um todo), sob pena de vulnerar o seu direito à intimidade.”⁶³²

⁶³¹ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 144.

⁶³² EBERLIN. Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Op. cit.*, p. 94-95.

No sentido de que é proibida a instalação de câmeras nos locais reservados à intimidade do empregado e de que é necessário que os empregados tenham ciência de que estão sendo fiscalizados, o Tribunal do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais) já se decidiu:

PODER DE DIREÇÃO. USO DE APARELHOS AUDIOVISUAIS EM SANITÁRIOS. INVASÃO DA INTIMIDADE DO EMPREGADO. A legislação brasileira permite que o poder de fiscalização conferido ao empregado, em determinadas circunstâncias, se verifique, por meio de aparelhos audiovisuais, como decorrência do avanço tecnológico, desde que o empregado deles tenha ciência. Inadmissível é entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução desses aparelhos, indistintamente, como no banheiro, lugar que é privado por natureza. A utilização de câmera de vídeo nos sanitários gera compensação por dano moral, em face da flagrante violação ao direito à intimidade do empregado, assegurado por preceito constitucional (art. 5º X) e conceituado como a faculdade concedida às pessoas de se verem protegidas “contra o sentido dos outros, principalmente dos olhos e dos ouvidos”. A vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que usada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização. Instalação de aparelho audiovisual no banheiro caracteriza o que a OIT denomina 'química da intrusão', comportamento repudiado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional.⁶³³

No julgamento do Recurso Ordinário da decisão de em uma ação civil pública interposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e Mobiliário de Mogi das Cruzes, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (2ª Região), entretanto, manifestou-se pela possibilidade de instalação de câmeras de vídeo em refeitório, posto que não havia publicidade das imagens, atendendo ao disposto no art. 5º, inciso XII, da CF/88. Ademais, os empregados sabiam que estavam sendo filmados, em virtude de placa de advertência de grande visibilidade e conhecimento geral.⁶³⁴

Por outro lado, nos casos em que as câmeras são instaladas em locais adequados no ambiente de trabalho, como nas salas, nas linhas de produção e mesmo na entrada e na saída

⁶³³ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00117-2004-044-03-00-3, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Alice Monteiro de Barros. Data de Publicação no DJMG em 25 out. 2004. Nesse mesmo sentido, estão as seguintes decisões: RO 00962-2007-024-03-00-7, da 2ª Turma do TRT-3ª Região, cujo relator foi o Desembargador Vicente de Paula Maciel Júnior, publicada no DJMG em 21 de maio de 2008: “DANOS MORAIS. INTIMIDADE. VIOLAÇÃO. A instalação de câmeras de vídeo no sanitário pelo empregador está em desacordo com o direito deste de prevenir-se contra danos ao seu patrimônio e ao de seus funcionários, ficando claro que ultrapassou os limites do razoável causando constrangimentos ao autor. Estando a conduta danosa sobejamente demonstrada deve ser reparada na medida necessária” e o RO 00512.2006.271.02.00-2, 4ª Turma do TRT da 2ª Região, Rel. Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Publicação no DOE em 18 jan. 2008: “DANO MORAL. CÂMERA DE VÍDEO NO VESTIÁRIO. OFENSA À INTIMIDADE DO TRABALHADOR. A instalação de câmeras de vídeo em vestiário efetivamente ofende a privacidade e intimidade dos empregados, resguardadas pelo art. 5º, X, da Constituição Federal. Com efeito, trata-se de meio de controle cuja utilização deve ser feita com cautela, de modo a não submeter à devassa patronal, aqueles locais destinados a uso reservado pelo empregado (vestiário, banheiros etc). Configurada, *in casu*, a ofensa à dignidade do trabalhador, resulta o dever de indenizar, sendo cabível e razoável a importância individual estipulada na r. sentença de origem, que ora se prestigia”.

⁶³⁴ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01306-2006-391-02-00-2, 11ª Turma, Rel. Desembargador Carlos Francisco Berardo. Publicação no DJMG em 05 abr. 2008.

do estabelecimento, a jurisprudência não tem encontrado maiores problemas, desde que respeitados sempre os direitos fundamentais dos trabalhadores:

EMENTA: DANO MORAL – AUSÊNCIA - INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE VÍDEO DECORRE DO PODER DE FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR -. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO SE RESPEITADOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO. A fiscalização através de câmeras de vídeo não está vedada pela legislação brasileira e pode ser utilizada, desde que em consonância com direitos fundamentais erigidos constitucionalmente no art. 5º. Não havendo comprovação da instalação dessas câmeras em locais que violariam a intimidade ou privacidade dos empregados, não há falar em ocorrência de dano moral.⁶³⁵

No sentido de vedação da utilização desses aparatos em banheiros, ainda que as câmeras estejam desligadas ou que permaneçam por pouco tempo nesses locais, tem-se a seguinte decisão do TRT do Paraná (9ª Região):

Não pode ser abonado o fato de a empresa instalar câmera no banheiro utilizado por seus empregados, de modo a obrigá-los a se utilizarem de guarda-chuvas ou ficarem de luz apagada. Não importa quem instalou a câmera, pois, mesmo que tenha ocorrido na ausência da dona da loja, continuou existindo um preposto, restando indubitosa sua responsabilidade pelo alegado ato ilícito praticado nas dependências de seu estabelecimento comercial. Irrelevante, ainda, se a câmera funcionou ou não. O importante, no caso, é que os empregados, na dúvida sobre o funcionamento ou não, foram constrangidos e submetidos a situações inegavelmente humilhantes. Conclui-se, assim, que a presença da câmera, além de ter sido fruto de uma brincadeira de muito mau gosto, implicou real violação de intimidade daqueles que se utilizaram do banheiro da loja nos dias em que o aparato eletrônico ali permaneceu. Recurso da Reclamada a que se dá provimento parcial, apenas para diminuir a indenização por dano moral de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).⁶³⁶

⁶³⁵ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00789-2007-076-03-00-6, Turma Recursal de Juiz de Fora, Rel. Desembargador Heriberto de Castro. Publicação da decisão no DJMG em 05 abr. 2008.

⁶³⁶ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 00904-2006-071-09-00-7, 1ª Turma, Rel. Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicação da decisão no DJPR em 18 set. 2007. No mesmo sentido, têm-se os acórdãos do TRT-3ª Região: RO 00205-2004-043-03-00-9, 5ª Turma, Relª. Convocada Juíza Taísa Maria Macena de Lima. Data de Publicação no DJMG em 14 ago. 2004: “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. A instalação de câmeras de vídeo nas dependências do banheiro da empresa afronta o direito à intimidade dos seus empregados, subvertendo ilicitamente o direito à intimidade do reclamante, que é inviolável por força de preceito constitucional (artigo 5o, inciso X, da CR/88). Esse ato ilícito dá lugar para a reparação do dano moral, sendo irrelevante o fato de as câmeras terem estado desconectadas durante a sua permanência no banheiro da empresa ou que tal se tenha dado por curto período. Ainda que a empresa tivesse produzido prova efetiva disso nos autos, o que não ocorreu, a instalação de tais câmeras, com o alegado objetivo de produzir apenas "efeito psicológico", deu-se para intimidar seus empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito e não retira a ilicitude do ato, atuando tão-só na consideração do valor da reparação” e o RO 01508-2003-043-03-00-8, 5ª Turma, Rel. Desembargador José Roberto Freire Pimenta. Publicação no DJMG em 15 maio 2004: “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (artigo 5º, inciso X, do Texto Fundamental). A instalação de câmeras de vídeo nas dependências do banheiro da empresa afronta o direito à intimidade dos seus empregados, dando lugar para a reparação do dano moral decorrente desse ato ilícito, sendo irrelevante o fato de as câmeras não

Obviamente, como as câmeras são consideradas instrumentos legítimos quando não atentam contra a intimidade do empregado, as filmagens realizadas têm sido consideradas meio de prova lícito e hábil para comprovar infrações disciplinares do empregado que dependendo de sua gravidade, como o furto, por exemplo, podem ensejar até justa causa:

RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE. FURTO COMPROVADO. Restando comprovado nos autos, por intermédio da prova testemunhal, bem como da prova documental (fita de vídeo com gravações do monitoramento eletrônico do estabelecimento) que o empregado furto numerário do caixa da empresa, forçoso é manter-se a sentença que não afastou a justa causa autorizadora da resolução contratual, nos moldes do art. 482, a, da CLT.⁶³⁷

Sem embargo, existe um posicionamento doutrinário no sentido de que as câmeras somente poderiam ser utilizadas para vigiar máquinas, mas não os trabalhadores, sendo que apenas excepcionalmente elas seriam permitidas para tanto, quando se tratasse de questões afetas à segurança das pessoas no estabelecimento ou dos bens produzidos, desde que incabíveis outros meios de fiscalização menos agressivos à intimidade e privacidade dos empregados.

Alice Monteiro de Barros explica que a doutrina estrangeira também tem admitido o controle do processo produtivo por meio de câmeras instaladas em banco ou caixas de segurança, joalherias ou mesas de jogos em cassino, o que possibilita, além do controle da atividade, a observação dos empregados em suas atividades profissionais.

Não obstante, o Tribunal Suíço entendeu legítimo o uso da câmera somente para o controle do funcionamento das máquinas automáticas não operadas por empregados. A câmera enfocada com permanência sobre o local de trabalho de um empregado, vulnera o seu

terem estado conectadas à energia elétrica. Mesmo que a reclamada tivesse produzido prova efetiva disso nos autos, o que não ocorreu, a instalação de tais câmeras, com o alegado objetivo e produzir apenas "efeito psicológico", deu-se para intimidar seus empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito. Irrelevante ainda o fato de as referidas câmeras terem permanecido por pouco tempo no banheiro da empresa: isso não retira a ilicitude do ato, atuando tão-só na consideração do valor da reparação. A fixação dessa indenização, de difícil mensuração por critérios estritamente objetivos, deve atentar, por um lado, à necessidade de seu valor mitigar a ofensa causada pela vulneração abusiva do patrimônio moral ofendido mas, por outro, emprestar à sanção jurídica aplicada sobre a ofensora efetivo caráter pedagógico, com o fim de desestimular esta e outras empresas a reincidir na prática de condutas ilícitas como a que constituiu objeto da presente ação. Se a bem elaborada decisão de primeiro grau já atendeu a todos esses aspectos, o recurso empresarial deve ser desprovido por inteiro”.

⁶³⁷ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 00967-2005-095-09-00-2, 4ª Turma, Rel. Luiz Celso Napp. Publicação da decisão no DJPR em: 05 dez. 2006. Nesse mesmo sentido, tem-se a decisão do TST de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 2560/2002-066-02-40.4, 3ª Turma, Rel. Desembargador Convocado Ricardo Machado. Publicação da decisão no DJPR em: 21 mar. 2007.

direito à intimidade, pouco importando que o aparato só funcione periodicamente e que não tenha por objetivo fiscalizar pessoas.⁶³⁸

Manoel Jorge e Silva Neto acredita que as câmeras de vídeo poderão ser utilizadas em atividades empresariais que impliquem em uma necessidade de maior segurança dos bens produzidos, por exemplo, uma fábrica de minúsculos componentes eletrônicos, caso em que não haveria uma violação séria e injustificada à esfera íntima do empregado. Não obstante, o autor ressalta que, dependendo do tipo de estabelecimento, a instalação dessas câmeras seria uma forma de violar a intimidade dos trabalhadores. Ele cita, como exemplo, o caso de instituições de ensino no Estado da Bahia que haviam instalado câmeras, sob o fundamento da necessidade de proteção do seu patrimônio. Um dos estabelecimentos havia, inclusive, se recusado a assinar o termo de ajustamento de conduta proposto pela Procuradoria do Trabalho, após a instauração de procedimento de investigação, prerrogativa dos procuradores do trabalho conforme previsão do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85. Diante do impasse, o Ministério Público do Trabalho propôs ação civil pública perante uma das Varas do Trabalho de Salvador, convencido de que a existência desse procedimento nas faculdades era francamente invasivo à intimidade dos trabalhadores e ao meio ambiente do trabalho.⁶³⁹

Silva Neto ressalta que o meio ambiente em empresa que se utiliza de parafernália eletrônica não é sadio, “fundamentalmente porque empregados e corpo discente monitorados permanentemente se tornam irritadiços e com a indisfarçável sensação de perda da própria individualidade”.⁶⁴⁰

7.4 A utilização dos telefones fixos e celulares

Os telefones fixos, desde longa data, são utilizados no ambiente de trabalho para diversas funções inerentes às atividades empresariais, sendo o primeiro veículo de comunicação que possibilitou, de forma fácil e rápida, a realização da integração entre empresas do Brasil e do mundo. Os telefones celulares, por sua vez, ao longo dos últimos

⁶³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. *Op. cit.*, p. 584.

⁶³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à intimidade do empregado e câmeras de televisão. Genesis. Curitiba, n. 22, p. 77, 82-83. De acordo com o autor, as instituições investigadas realizam atividade de caráter especial, pois voltadas à formação do ser humano, ao ensino. O art. 206 da Constituição diz que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.” Por tal motivo, é que as normas constitucionais em questão impedem, de modo absoluto, o uso de tais equipamentos ou, pior ainda, a consumação de revistas em alunos e empregados do estabelecimento.

⁶⁴⁰ *Idem*, p. 83.

anos passaram a ser instrumento de trabalho para vários tipos de trabalhadores, inclusive os empregados, sendo que muitas vezes o aparelho é fornecido pelo empregador para uso profissional e pessoal ou estritamente profissional.

Esses aparelhos móveis possibilitaram que os empregados, onde quer que estejam, possam se comunicar com clientes e com o próprio empregador, e este possa controlar a jornada dos trabalhadores externos, o que facilitou e fomentou intensamente as atividades econômicas.

Não obstante, os telefones fixos e os telefones celulares, concedidos pelo empregador – posto que a interceptação de celulares pessoais pelo empregador viola, sem nenhuma dúvida, a intimidade e a privacidade do empregado⁶⁴¹ –, são objeto de uma discussão que tem como base o controle das ligações realizadas e recebidas e a possível violação às comunicações telefônicas e aos direitos à intimidade e à privacidade dos empregados.

Em primeiro lugar, é importante lembrar o teor do art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, que garante “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Somente com base nesse dispositivo, já surgem inúmeras controvérsias a respeito da possibilidade ou não de violação das comunicações e de seu âmbito de aplicação. Com exceção da correspondência, cujo sigilo é considerado absoluto, as demais formas de comunicação, em virtude da redação do inciso XII, geram divergências em sede doutrinária.

Uma corrente entende que somente as comunicações telefônicas seriam alvo de possibilidade de violação em casos específicos, em virtude da interpretação gramatical da expressão “salvo, no último caso” que se referiria ao último elemento da sentença textual, ou seja, às “comunicações telefônicas”.⁶⁴²

Outra parte da doutrina acredita que a expressão “salvo no último caso” estaria se referindo à segunda parte da sentença do dispositivo “e das comunicações telegráficas, de

⁶⁴¹ Luciana Fregadolli ressalta, entretanto, que o grampeamento de telefones celulares é ainda mais fácil do que o de telefones fixos. Um pequeno aparelho, chamado Icon R-1, que cabe na palma da mão e tem um baixo custo, é capaz de, com um rápido ajuste, rastrear todas as conversas dos celulares mais próximos. Cf. FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 89.

⁶⁴² Um outro argumento aduzido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior é o de que, dos quatro meios de comunicação consignados no art. 5º, inciso XII, da Constituição, apenas a telefonia se caracteriza pela instantaneidade e, portanto, admite a quebra do sigilo. Quando encerrada a comunicação telefônica, ela não deixa vestígios no que se refere ao relato das mensagens e aos sujeitos comunicadores. É apenas possível, *a posteriori*, verificar qual unidade ligou para a outra. Os outros três meios não sofreram a ressalva semelhante porque é possível realizar investigações e obter provas com base em vestígios que a comunicação deixa. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 82-83.

dados, e das comunicações telefônicas” e que essas três formas de comunicação poderiam ser violadas em casos de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que atendidos os requisitos de lei infraconstitucional.

Uma última corrente entende que não somente nos casos de instrução processual penal ou investigação criminal podem ser estabelecidas interceptações telefônicas, mas também por autorização judicial em geral, desde que se trate de uma situação grave que enseje a necessidade da violação das comunicações.

Em segundo lugar, outro ponto deve ser esclarecido. Existe uma grande confusão entre os termos “gravação telefônica”, “escuta telefônica” e “interceptação telefônica”, cujos significados cumprem ser esclarecidos.

De acordo com Eberlin, a interceptação é a coleta de dados de uma comunicação telefônica feita sem que qualquer dos interlocutores saiba. A interceptação é ilícita, pois contraria o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Só não será assim considerada se realizada mediante três requisitos: (i) ordem judicial, (ii) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, (iii) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.⁶⁴³

Luiz Flávio Gomes explicita que interceptar é quando um terceiro tem conhecimento do conteúdo de uma comunicação alheia, sem o consentimento de nenhum dos comunicadores. Já na escuta, um dos comunicadores sabe da captação da conversa.⁶⁴⁴

Eberlin emprega o sentido da “escuta” *supra* mencionado para, na realidade, caracterizar o que ele entende por “gravação telefônica”. Segundo o autor, essa seria a coleta de dados feita por pelo menos um dos interlocutores ou por alguém por ele indicado, ou seja, na gravação telefônica pelo menos um dos interlocutores sabe que a conversa está sendo gravada. Porém, haveria uma diferença entre a gravação consentida e a clandestina.⁶⁴⁵

A clandestina ocorre quando algum dos interlocutores não tem ciência da sua realização. Em princípio, a gravação clandestina é ilícita, pois contraria o inciso X do art. 5º da Constituição. Em alguns casos, nos quais o interesse público prevaleça sobre a proteção da intimidade e da privacidade do interlocutor, a gravação clandestina pode ser admitida como meio de prova. Gravação telefônica consentida é aquela informada a todos os interlocutores. Exemplo disso é a gravação feita em conversas de setores de atendimento a clientes, situação em que todos os interlocutores são previamente informados da realização da gravação. Esta providência é lícita e pode ser utilizada judicialmente para fins probatórios.

⁶⁴³ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Op. cit.*, p. 95-96

⁶⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 95-96.

⁶⁴⁵ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Op. cit.*, p. 95.

De forma didática, pode-se dizer que a interceptação é o conhecimento por um terceiro da comunicação entre dois interlocutores, sem que nenhum deles saiba que a conversa está sendo gravada. A escuta ocorre quando a conversa é gravada por um terceiro com a ciência de um dos interlocutores, enquanto a gravação clandestina é feita por um dos próprios interlocutores, sem o conhecimento do outro. A gravação consentida seria a feita por um dos interlocutores e com a ciência de todos os interlocutores.

A lei n. 9.296/96 veio tentar solucionar algumas divergências, não obstante, na realidade, tenha trazido mais dúvidas. Quanto à expressão “interceptações de comunicações telefônicas de qualquer natureza”, utilizada no art. 1º da citada lei, Damásio E. de Jesus⁶⁴⁶ e Luiz Flávio Gomes⁶⁴⁷ entendem que ela tanto se refere à interceptação propriamente dita, quanto à escuta telefônica. Assim, se devidamente autorizadas, a interceptação e a escuta constituem prova lícita e admissível; se não autorizadas, configuram crime, nos termos do art. 10 da mesma lei e, também, provas ilícitas, sendo inadmissíveis.

Luiz Flávio Gomes acredita que a gravação telefônica, a gravação ambiental, a interceptação ambiental⁶⁴⁸ e a escuta ambiental⁶⁴⁹ estariam fora da disciplina jurídica da lei n. 9.296/96. Para o autor, a expressão “gravações clandestinas” abrangeria tanto a gravação telefônica (quando se grava uma comunicação telefônica própria), quanto a ambiental (quando se grava uma conversa entre pessoas presentes) e configuraria violação ao art. 5º, inciso X, da CF/88. Porém, não valeriam como prova, sendo consideradas ilícitas e inadmissíveis no processo.⁶⁵⁰

Para Ada Pellegrini Grinover, a lei em análise não abrange a gravação de conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores sem o consentimento do outro, pois sua conduta não se enquadra no conceito de interceptação e sua terminologia correta é “gravação clandestina de conversa telefônica própria”. Segundo a autora:

Embora o caso não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII, CF/88), é referível ao inciso X do mesmo dispositivo (proteção da intimidade): a gravação, em si, não é ilícita, podendo qualquer dos interlocutores executá-la livremente, por tratar-se de documentação de comunicação que lhe é dirigida. No

⁶⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 460.

⁶⁴⁷ GOMES, Luiz Flavio. *Op. cit.*, p. 105.

⁶⁴⁸ Esta ocorreria quando há a captação de conversa alheia (não telefônica) ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência, etc, feita por terceiro, por qualquer meio de gravação, sem que nenhum dos interlocutores saibam da gravação.

⁶⁴⁹ A escuta ambiental ocorre quando um dos interlocutores tem conhecimento da gravação ambiental.

⁶⁵⁰ GOMES, Luiz Flavio. *Op. cit.*, p. 111-112.

entanto, a divulgação, sem justa causa, da conversa confidencial poderá ser ilícita, subsumindo-se a conduta ao tipo do art. 153 do Código Penal.⁶⁵¹

Vicente Greco Filho, por sua vez, aduz que as gravações clandestinas e a escuta telefônica são irregulamentáveis, por que estão fora do âmbito do inciso XII do art. 5º, da Constituição e sua licitude, bem como a prova dela decorrente, dependerão do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição de correspondência pelo destinatário.⁶⁵²

Outra discussão pertinente diz respeito aos registros telefônicos das chamadas realizadas e recebidas pelas pessoas. Segundo Greco, tanto as comunicações quanto os registros existentes nas concessionárias de serviços públicos são abrangidos pela lei n. 9.296/96.⁶⁵³ Gomes, por seu turno, alega que a lei cuidou apenas das comunicações presentes, não alcançando registros telefônicos que são dados, relacionados com comunicações pretéritas. Sem embargo, esses dados não contam com sigilo absoluto, que pode ser quebrado sempre que houver autorização legal, distinta da lei em questão, agindo o juiz criminal com cautela no momento da autorização da quebra, atentando, sobretudo, para o princípio da proporcionalidade.⁶⁵⁴

Luciana Fregadolli ressalta que a interceptação de comunicação telefônica dependerá de ordem do juiz competente da ação principal e que somente o juiz da área criminal terá competência para deferir o pedido de interceptação, sendo defeso ao juiz cível tomar tal providência, eis que a prova produzida deve servir à investigação criminal ou à instrução processual penal⁶⁵⁵, de onde se conclui que também ao juiz trabalhista tal prerrogativa seria vedada.

A autora ressalta que a autorização para a interceptação de comunicações telefônicas não pode servir para atacar a vida privada ou a intimidade dos indivíduos em comunicação, mas apenas interessa para colher os elementos imprescindíveis à descoberta do cometimento ou da iminência do cometimento de uma infração penal e de seus autores e ou partícipes.⁶⁵⁶

Ademais, a diligência, a pedido de uma das partes, por determinação *ex officio* do juiz ou a pedido do Ministério Público, será feita pela autoridade policial – nunca por particulares

⁶⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 2007, jan./mar. 1997, p. 24.

⁶⁵² GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4-5.

⁶⁵³ *Idem*, p. 6-7.

⁶⁵⁴ GOMES, Luiz Flavio. *Op. cit.*, p. 100-101.

⁶⁵⁵ FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 98-99.

⁶⁵⁶ *Idem*, p. 104.

– ou por ela requisitada às concessionárias de serviços públicos de telefonia e não poderá ser negada.

Deve-se recordar, por fim, que o art. 10 da lei n. 9.296/96 dispõe que constitui crime a realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou de telemática, ou a quebra do segredo de Justiça, sem a autorização judicial ou por objetivos não autorizados em lei.

Para Eberlin, especificamente no ambiente de trabalho, a gravação telefônica, embora possa vir a ser de conhecimento do empregado, não será de conhecimento do outro interlocutor com quem o empregado esteja falando. Por esta razão, a utilização deste tipo de expediente para fins de fiscalização e controle das atividades dos empregados não é aceita, pois é considerada gravação ou escuta clandestina e viola, inclusive, o direito à intimidade/privacidade de terceiros.⁶⁵⁷

Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região (Mato Grosso) já decidiu:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO AMBIENTE DE TRABALHO - ILCITUDE DA PROVA- DESCONSIDERAÇÃO - 1. A interceptação de comunicações telefônicas somente pode ser autorizada por juiz competente, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. 2. Apesar dos poderes subordinante, disciplinar e fiscalizatório, ao empregador não é dado o direito de violar garantia constitucional de seus empregados e nem mesmo no ambiente de trabalho o empregado fica sujeito à interceptação de suas conversações telefônicas. 3. A gravação em fita magnética de conversa telefônica, obtida clandestinamente, sem o conhecimento e consentimento dos interlocutores, não serve como prova em razão de sua flagrante ilicitude (ofensa aos arts. 332 e 383 do CPC, bem como ao art. 5º, X, XII e LVI, da Constituição Federal). 4. Precedentes jurisprudenciais. 5. Decisão unânime.⁶⁵⁸

Seguindo o mesmo raciocínio, tem-se a seguinte decisão do TRT da 12ª Região (Santa Catarina):

GRAVAÇÃO CLANDESTINA - PROVA ILÍCITA - INADMISSIBILIDADE –
Agravação de conversa telefônica sem o conhecimento de um dos interlocutores

⁶⁵⁷ EBERLIN. Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Op. cit.*, p. 95-96. O TST já se pronunciou, inclusive, no sentido de considerar ilícita a prova obtida por meio de interceptação telefônica, quando empregado gravou, sem o conhecimento dos interlocutores, conversa entre empregador e terceiro para fins de comprovação de suposto dano moral. Cf. Recurso de Revista 761.175/01.6, 4ª Turma, Ministro Relator Milton de Moura França. Publicação da decisão no DOU em: 10 mar. 2004.

⁶⁵⁸ MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. RO 1072/2003-001-24-00-0, 1ª Turma, Rel. Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Publicação da decisão no DJMS em: 24 nov. 2004.

consiste em prova obtida por meio ilícito, violadora do direito à intimidade do comunicado inadmissível no processo, a teor do art. 5^a, incisos X e LVI, da CF.⁶⁵⁹

O TST, em decisão de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, pronunciou-se no sentido de não aceitar a prova de escuta telefônica, realizada por empregador, de conversa de empregado, visto que a lei n. 9.296/96 não permite a divulgação das gravações fora do âmbito do inquérito e do processo criminal, devendo ser inutilizado tudo aquilo que não interessa à prova do delito investigado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IMPUTAÇÃO DE JUSTA CAUSA. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS. USO ILÍCITO DA PROVA. INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA INSCULPIDA NO INCISO XII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - A escuta telefônica, no caso, tinha destinação específica, que não envolvia a reclamante. Logo, o uso das gravações contra ela, por aspectos paralelos à investigação policial, não estava coberto pela chancela judicial. Daí a ilicitude de sua utilização para punir delito de natureza trabalhista, fora da tipificação do art. 492 da CLT e genericamente enunciado como “quebra de fidelidade”. A norma do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, ao garantir o sigilo das comunicações telefônicas, expressa ressalva quanto à definição dos casos e situações que ensejarão a quebra do sigilo, e remete à lei a competência para ditar os limites do procedimento. A regulamentação, constante da Lei nº 9.296/1996, enfatiza a preservação do sigilo, não permite a divulgação das gravações fora do âmbito do inquérito ou do processo criminal, manda inutilizar tudo aquilo que não interessa à prova do delito investigado. Nada justifica, portanto, a aceitação das gravações referidas em prejuízo de terceiro, que, sem qualquer envolvimento nos fatos investigados, expressou conceitos considerados ofensivos ao autor da *notitia criminis* ou que tão somente reverberou contra os procedimentos adotados pela empresa que, ao seu sentir, revelavam prática de injustiça contra idôneo servidor. A ilicitude da prova conseguida contra a reclamante, sem atenção à regulamentação legal do art. 5º, XII da Constituição, culmina na contaminação de todos os atos processuais nela estribados. Agravo de instrumento provido. Recurso de revista conhecido e provido.⁶⁶⁰

Em outro interessante acórdão, o TST considerou não ter havido cerceio de defesa pelo indeferimento de pedido de prova fonografodocumentoscópica visando confirmar a voz gravada através de escuta telefônica, realizada sem a autorização judicial para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, sendo, portanto, a gravação prova ilícita, conforme entendimento do STF. De acordo com o TST, a ilicitude da forma como foi produzida a prova, sem atenção à designação da lei, culminaria na contaminação de todos os atos processuais nela lastreados, entre os quais a perícia fonografodocumentoscópica, figurando,

⁶⁵⁹ SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. RO 00833-2002-029-12-00-7, 3ª Turma, Rel^a. Desembargadora Gisele Pereira Alexandrino. Publicação da decisão no Diário de Justiça em: 11 dez. 2003.

⁶⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 5300/2001-036-12-00.9, 2ª Turma, Rel. Desembargador Convocado Horácio Senna Pires (hoje, Ministro do TST). Publicação da decisão no DOU em: 27 out. 2004.

aí, a indesejada consequência preconizada pela “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (*Fruits of the Poisonous Tree*).⁶⁶¹

Esse também foi o entendimento do TRT da 3ª Região (Minas Gerais) no Recurso Ordinário 00739-2005-091-03-00-0:

PROVA ILÍCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA CLANDESTINA. A interceptação de conversa telefônica de empregado, sob a supervisão de "autoridade policial civil", justificada como medida de prevenção de possíveis desvios de comportamentos e estribada na equivocada premissa de seu uso como instrumento de controle e gestão das atividades empresariais, constitui grave violação aos direitos inerentes ao sigilo das comunicações, à liberdade de manifestação do pensamento, à privacidade e intimidade, que a Constituição Federal cuidou de resguardar, no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, incisos IV, X e XII). A escuta telefônica clandestina, realizada sem o consentimento do trabalhador e autorização judicial, não tem amparo legal e o seu indeferimento não caracteriza cerceamento ao direito de defesa (CF/88, art. 5º, inciso LVI e CPC, art. 332).⁶⁶²

Para os que defendem esse posicionamento, existem outros meios, que não a interceptação, escuta ou gravação clandestina de conversas, que permitem ao empregador o controle do uso do telefone pelos seus funcionários que são, salvo melhor juízo, legitimados pelo poder de direção. Exemplo disso é a verificação do registro telefônico, que permite ao empregador saber os números de telefone discados pelo ramal do empregado e o tempo de duração das conversas. Este tipo de conduta é tida como compatível com o direito do empregador de fiscalizar e controlar as atividades do empregado e não é considerado como invasivo para ensejar pagamento de indenização por violação a direitos de personalidade.

Pode-se perceber que, mesmo para essa corrente, seria possível a gravação consentida, ou seja, com o consentimento de ambos os interlocutores da conversa telefônica, como, por exemplo, nas empresas de telefonia ou de *telemarketing*, em que os próprios clientes são avisados, logo no início do telefonema, da gravação da conversa.

Existe uma outra parte da doutrina que apresenta um entendimento diferente acerca da possibilidade de o empregador escutar e gravar as conversas telefônicas de seus empregados. De acordo com essa vertente, se o telefone é o próprio instrumento de trabalho dos

⁶⁶¹ Cf. RR-373356/97.0, 4ª Turma, Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho. Publicação da decisão no DOU: em 01 mar. 2002.

⁶⁶² MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00739-2005-091-03-00-0, 2ª Turma, Rel. Juiz Convocado Antônio Gomes de Vasconcelos. Publicação da decisão no DJMG em 03 maio 2006. No mesmo sentido, ver MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO-21543/00, 3ª Turma, Rel. Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires. Publicação da decisão no DJMG em 20 mar. 2001: “GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA - DESCONSIDERAÇÃO - PROVA ILÍCITA. A gravação de conversação telefônica não constitui meio de prova lícito e admissível no processo, pois ofensiva ao sigilo das comunicações e à liberdade de manifestação de pensamento, pelo que deve ser desconsiderada. Para que a escuta telefônica seja considerada válida, é indispensável a autorização judicial, o que não foi observado *in casu*.”

empregados (como nas empresas de *telemarketing*, por exemplo), as conversas por ele realizadas podem ser gravadas, mesmo sem o consentimento do terceiro interlocutor, já que, nesse caso, o telefone fixo ou celular foi disponibilizado para o trabalho e pertence ao patrimônio empresarial. A doutrina oscila entre a necessidade (escuta) ou não (interceptação) de o empregado saber que a conversa está sendo gravada.

Alice Monteiro de Barros explica que, na Espanha, se o telefone é utilizado como meio de execução de tarefas, o empregador poderá intervir e controlar as chamadas, pois não é considerado terceiro a respeito da conversa⁶⁶³. O entendimento *supra* não se refere à gravação de conversa telefônica (mas sim a escutar a conversa) e se restringe à hipótese em que o telefone é "meio de execução de tarefas".

Segundo Barros, na França a Comissão Nacional de Informática e Liberdades autoriza a interceptação de conversa telefônica do empregado apenas quando o trabalho consiste, essencialmente, em telefonar (*telemarketing*). Nesse caso, o empregador poderá verificar como o trabalho está sendo realizado. Outra será a situação se o telefonema se verificar nos descansos e pausas ocorridos dentro do horário de trabalho, posto que, nesse caso, a interferência do empregador afetará o direito à intimidade do empregado.⁶⁶⁴

Por isso, constata-se a tendência da jurisprudência em cancelar a escuta telefônica nos serviços de *telemarketing*, mesas de bancos de investimento, corretoras etc. Nesses ramos, todo o trabalho é desenvolvido por meio do telefone, o que valida e autoriza o controle do empregador, parte interessada que é nesse processo produtivo.

Quando a empresa permite expressa ou tacitamente o uso dos telefones fornecidos pelo empregador, tanto para fins profissionais quanto também para fins pessoais, é prática usual que elas listem as ligações efetuadas de cada ramal e exijam que o empregado indique quais se referem a assuntos pessoais e profissionais, cobrando o valor referente às primeiras. Neste caso, se mostraria incoerente eventual tentativa do empregador de verificação do conteúdo das conversas, uma vez que o funcionário, literalmente, paga pelo serviço utilizado.⁶⁶⁵

Existe, ainda, um entendimento mais radical de que seria lícita e regular a gravação e escuta telefônica realizada por empregador de conversa de empregado, apta a ensejar a dispensa do empregado por justa causa, ainda que o telefone não seja o principal instrumento

⁶⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. *Op.cit.*, p. 591.

⁶⁶⁴ DEL VALLE, José Manuel. El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo. *Actualidad Laboral*, n. 39, oct. 1991, p. 493 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. *Op.cit.*, p. 591.

⁶⁶⁵ DUARTE, Carolina Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador. *Síntese Jornal*, Porto Alegre, v. 5, n. 56, out. 2001, p. 13.

de trabalho do empregado. Essa posição se baseia no fato de que o telefone faria parte do patrimônio da empresa e, assim, seria possível a gravação das conversas.

Nesse sentido, o Tribunal do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul) decidiu em sede de Recurso Ordinário que o laudo de transcrição de conversa entre o empregado e uma outra colega gravada em CD era apto para provar que o empregado realizava negócios sem o conhecimento do empregador, inclusive em benefício da concorrência. Ademais, o Tribunal entendeu que a gravação das conversas telefônicas do autor, na hipótese dos autos, não vulnerou as garantias constitucionais do direito à intimidade e à privacidade, consagradas no art. 5º, X, da Constituição Federal. Tratavam-se de gravações de conversas mantidas na sede do empregador, mediante a utilização de sua estrutura produtiva, e em razão de serviço. A gravação destas conversas telefônicas com clientes, mantidas em razão do trabalho, não invadiria a esfera íntima e privada do empregado. A transcrição das conversas não se caracterizaria como prova ilícita.⁶⁶⁶

Em relação ao celular pessoal, embora haja uma tendência da doutrina e da jurisprudência em vedar qualquer tipo de interceptação, escuta ou gravação de conversa por parte do empregador, o Tribunal Regional do Trabalho mineiro (3ª Região) já decidiu, em interessante acórdão, que é possível que o empregador peça para o empregado mostrar foto tirada através de câmera de seu celular pessoal de área da empresa, em virtude de norma de regimento empresarial:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ABUSO NO PODER DIRETIVO - VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE NÃO CARACTERIZADA. Não configura dano moral o fato de o reclamante ter sido compelido, de forma educada, a mostrar fotos constantes de seu celular pessoal aos seguranças da empresa, por suposto acionamento da *câmera* pelo empregado dentro do pátio de produção, porque ciente da existência de norma interna empresarial proibindo fotos na aludida área, tendo, portanto, a sua conduta provocado fundada suspeita no aparato de segurança patronal. Ademais, em seu depoimento pessoal, o reclamante deixou assente que nada tinha a temer em relação ao conteúdo do seu arquivo pessoal, tanto que passou a exibi-lo aos seguranças da ré, o que demonstra a ausência de fotos comprometedoras hábeis a constrangê-lo, moralmente, perante terceiros.⁶⁶⁷

É importante ressaltar que, a título preventivo, as empresas dispõem de alguns mecanismos de controle das conversas telefônicas dos empregados no sentido de evitar abusos, como, por exemplo, a impossibilidade de se efetuar uma chamada interurbana, diretamente da mesa de cada empregado, salvo por intermédio da telefonista, a quem deverá

⁶⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO 00131-2003-003-04-00-5, 3ª Turma, Relª. Desembargadora Beatriz Renck. Publicação da decisão no DOE em 02 jun. 2008.

⁶⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. RO 00937-2007-143-03-00-0, Turma Recursal de Juiz de Fora. Rel. Juíza Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta. Data de publicação no DJMG em 13 maio 2008.

ser justificada a chamada. Ademais, poderão instalar aparelhos para gravação dos telefonemas, uma vez que é sabido, de antemão, que os assuntos ali discutidos têm relação direta com a prestação dos serviços contratados.

7.5 O monitoramento do *e-mail* corporativo, do *e-mail* pessoal e da “navegação” na *internet*

A discussão sobre a viabilidade ou não do monitoramento, pelo empregador, do *e-mail* corporativo e do *e-mail* pessoal do empregado e das páginas da *internet* por ele visitadas, ao longo da jornada de trabalho e inclusive nos horários de descanso e de alimentação, envolve uma série de questões que, para serem mais claramente compreendidas, devem ser sistematizadas em uma ordem lógica e coerente.

Em primeiro lugar, é preciso analisar as correntes a respeito da natureza jurídica do *e-mail*. Em seguida, deve-se compreender em que medida o *e-mail* e as páginas da *internet* visitadas estão compreendidas no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 e o que isso implica para o empregado e o empregador. Finalmente, devem ser apresentados os motivos elencados tanto pelos que defendem a monitoração, pelo empregador, dos *e-mails* dos empregados e das páginas por ele visitadas, quanto pelos que a rechaçam em prol da inviolabilidade de correspondência e/ou da intimidade e privacidade dos empregados. Nesse ponto, é necessário esmiuçar a diferença entre o *e-mail* corporativo e o *e-mail* pessoal e as conseqüências dessa distinção para o exercício do poder de fiscalização do empregador.

Em relação à natureza jurídica do *e-mail*, existem entendimentos no sentido de que ele seria uma correspondência. Alguns argumentam que não poderia ser entendido como correspondência aberta, pois somente o destinatário tem acesso às mensagens enviadas, mediante o uso de uma senha. Outros já acreditam que, ao contrário das cartas, que são fechadas, o correio eletrônico não tem essa proteção, pois a senha tem a função de proteger a caixa de mensagens mas, depois de aberta, todas as mensagens podem ser vistas quantas vezes for necessário. Há os que defendem que seria similar a uma correspondência comercial, uma vez que o *e-mail* leva o nome da empresa e que a sigla @ significaria “em atenção a”, sendo endereçado para a empresa. Assim, o empregador poderia adotar o mesmo procedimento em relação às cartas comerciais, ou seja, qualquer um da empresa poderia abri-las. Ainda há os que equiparam o *e-mail* a um cartão postal, uma vez que a *internet* é um

veículo aberto no qual não há expectativa de privacidade, a menos que as mensagens sejam criptografadas.

Existe ainda o entendimento de que o correio eletrônico seria equiparado a uma conversa telefônica, uma vez que a *internet* é um veículo que se utiliza da rede telefônica. Porém, atualmente a tecnologia avançou muito e não se pode fazer uma afirmação como essa sem ressalvas, posto que, atualmente, o acesso à rede não se faz mais somente via fiação telefônica mas também por rádio, por cabos e até pela rede elétrica, como já ocorre na Alemanha. Para outros, o *e-mail* pode ser entendido como um conjunto de dados e, finalmente, há os que alegam que a natureza dele seria *sui generis*, pois não há legislação regulando o assunto.

De acordo com Vânia Siciliano Aieta, o correio eletrônico pode ser concebido como um mecanismo disposto por meio eletrônico que tem como finalidade principal a transmissão de conteúdo à distância. Trata-se de um sistema mediante o qual se pode enviar e receber mensagens de uma caixa de correio de uma pessoa até a caixa de correio de outra, permitindo a emissão e recepção de mensagens. Partindo de um computador a outro através da rede, pode-se afirmar que o documento eletrônico é parecido com o documento convencional escrito, tendo as mesmas características fundamentais e a mesma natureza jurídica, qual seja, a de correspondência. Segundo a autora, devido à rapidez, baixo custo e facilidade de arquivo e reenvio, o *e-mail* tomou-se o modelo da comunicação moderna, tendo inclusive validade probatória em alguns países como a França.⁶⁶⁸

Segundo Aieta, é inevitável a constatação da existência de diferenças entre o correio postal e o eletrônico, uma vez que as condições de envio, o modo de execução e a questão da propriedade dos meios utilizados, dentre outros fatores, não podem ser considerados de maneira igual, sendo inadequada, portanto, qualquer aplicação sem a devida adequação da legislação postal em questões que envolvam correio eletrônico.⁶⁶⁹

Por ser um veículo fluído e que se presta aos mais variados propósitos, o correio eletrônico ocupa uma posição intermediária entre o correio postal e o telefone, em termos de formalidade. Embora as mensagens ainda sejam escritas, a mídia eletrônica é tão rápida que o processo todo pode parecer-se mais a uma conversa falada.

Nesse sentido, Sérgio Ricardo Marques Gonçalves acredita não ser possível equiparar o *e-mail* à carta no sistema legal brasileiro, visto que o *e-mail* não está entre os objetos

⁶⁶⁸ AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 55 abr./jun. 2006, p. 68.

⁶⁶⁹ *Idem*, p. 68.

descritos na Lei 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais e, em seu art. 7º, parágrafo 1º, relaciona o que é passível de ser chamado de objetos de correspondência, entre os quais figuram apenas a carta, o cartão-postal, o impresso, o cecograma e a pequena-encomenda.⁶⁷⁰

O art. 5º, inciso XII, da Constituição brasileira dispõe: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou processual penal.” Dessa forma, surgiram algumas correntes que visam enquadrar o *e-mail* em uma das formas de comunicação elencadas nesse dispositivo constitucional.

Para Daniela Alves Gomes, a mensagem eletrônica pode ser identificada como uma correspondência, que está protegida pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XII, como uma modalidade de comunicação.⁶⁷¹ No mesmo sentido, está Altamiro dos Santos, para quem o crime de violação do sigilo de correspondência alcança os sujeitos da relação de emprego e poderá autorizar a terminação do contrato de trabalho por justa causa.⁶⁷²

De acordo com Ernesto Lipmann, o empregado usuário do sistema sente-se seguro pelo uso da senha, que garante que somente ele terá acesso às mensagens a ele dirigidas, como uma carta lacrada, não importando que a correspondência tenha sido dirigida ao local de trabalho, posto que seria ilícito ao empregador abrir um envelope fechado dirigido ao empregado.⁶⁷³

Em relação ao enquadramento do *e-mail* no art. 5º, inciso XII, da Norma Fundamental e da possibilidade de sua violação pelo empregador no ambiente de trabalho, existem diversas correntes.

Para alguns, o *e-mail* pode ser interceptado com autorização judicial, pois se trataria de um conjunto de dados e o texto constitucional, ao dizer “último caso”, se referiria ao conjunto de dados e conversa telefônica.⁶⁷⁴

Nesse sentido, Ernesto Lipmann entende que a interceptação de dados, ainda que relativos à comunicação efetuada na rede interna de uma empresa, é ato criminoso e, como tal, não poderá ser praticado pelo empregador, sem prévia autorização judicial.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ GONÇAVES, Sérgio Ricardo Marques. *E-mails X empregados: é legal o monitoramento pela empresa?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁶⁷¹ GOMES, Daniela Alves. A intimidade do empregado. Suplemento Trabalhista LTr, São Paulo, n. 41, n. 148/05, p. 665.

⁶⁷² SANTOS, Altamiro J. dos. Direito penal do trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p. 858.

⁶⁷³ LIPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da *internet*. Revista LTr, São Paulo, v. 62, n. 4, abr. 1998, p. 484.

⁶⁷⁴ Cf. CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Jornal Trabalhista Consulex, Brasília, v. 20, n.959, mar. 2003, p. 7.

Outros argumentam que o correio eletrônico deve ser equiparado à correspondência comercial, portanto não estaria protegida pelo sigilo constitucional, somente aplicável às correspondências pessoais.⁶⁷⁶

Assim, no ambiente de trabalho, o empregador pode, sim, abrir a correspondência dirigida ao empregado, pois em razão do local do seu recebimento (empresa), é legítima a presunção de que se trata de assunto relacionado ao trabalho e não de assunto pessoal.

E uma última corrente acredita que o correio eletrônico é instrumento de trabalho, podendo, por isso, ser monitorado pelo empregador, legitimado pelo seu poder diretivo, não havendo expectativa de privacidade e intimidade em seu uso.

Já os que defendem a inviolabilidade do *e-mail* argumentam que se trata de correspondência e, como tal, está protegido pelo sigilo constitucional das correspondências. Há, também, os que entendem que o correio eletrônico tratar-se-ia de conjunto de dados e o texto constitucional, ao dizer “último caso”, estaria se referindo somente à conversa telefônica, portanto o correio eletrônico seria protegido pelo sigilo constitucional.

Nesse sentido, Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá acreditam que a proteção constitucional do sigilo da correspondência compreende não só o correio tradicional, como também as comunicações eletrônicas e de dados, entre as quais o *e-mail*.⁶⁷⁷

Existem os que entendem que o correio eletrônico não seria protegido pelo sigilo, mas que a sua inviolabilidade deve se dar com base na proteção constitucional da privacidade e da intimidade do empregado.

Outro ponto muito debatido da lei n. 9.296/96 é a previsão do parágrafo único de seu art. 1º⁶⁷⁸, que consigna: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática.” De acordo com esse dispositivo, poderão ser interceptados os fluxos de comunicações em sistemas de informática⁶⁷⁹ e

⁶⁷⁵ LIPMANN, Ernesto. *Op. cit.*, p. 484.

⁶⁷⁶ Nesse sentido estão GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 21 jul. 2008 e ZAINAGHI, Domingos Sávio. O uso do *e-mail* pelos empregados e o direito à privacidade. Suplemento Trabalhista LTr, São Paulo, v. 41, n. 153/05, p. 691-693.

⁶⁷⁷ DUARTE, Carolina Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 9-10.

⁶⁷⁸ Art. 1º da Lei n. 9.296/96: A interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e instrução processual penal dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob requerimento de sigilo de justiça.

⁶⁷⁹ Informática é a ciência relativa à informação por intermédio de equipamentos e métodos do sistema de procedimento de dados.

telemática⁶⁸⁰. Como o inciso XII do art. 5º da Norma Fundamental não faz referência expressa aos sistemas de informática e telemática, três correntes se formaram.

A primeira defende que o parágrafo único do art. 1º da lei n. 9.296/96 é constitucional desde que as comunicações em sistema de informática e telemática se dêem por via telefônica, posto que, se o constituinte quisesse limitar a interceptação aos telefonemas entre pessoas, não teria usado o termo “comunicações” em sentido *lato*.

Damásio de Jesus entende que a lei não se aplica quando se tratar de comunicação que se faça via cabo ou rádio:

A exceção, quando menciona “comunicações telefônicas”, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de “dados”. É o caso do uso do *modem*. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, “digitar” e não “falar”.⁶⁸¹

A segunda corrente, que tem entre seus defensores Vicente Greco Filho, sustenta ser inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei, pois a expressão constitucional “no último caso”, prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição, refere-se apenas a comunicações telefônicas. Se o legislador constituinte quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas e de dados, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, os instrumentos que se utilizam da linha telefônica não podem ser equiparados ao telefone, não se confundindo comunicação por meio de linha telefônica com comunicação telefônica.⁶⁸²

A última corrente, além de defender a constitucionalidade da interceptação das comunicações de fluxos de informática e telemática, entende que ela é possível não somente quando a comunicação se dê por linha telefônica, mas também por qualquer outro meio, como satélites, cabos de fibra ótica, sinal de rádio etc. A Constituição não estipula como inviolável a comunicação promovida pelos sistemas mencionados, justamente em virtude dos avanços da informática e da telemática.⁶⁸³

Ademais, a comunicação de dados poderia ser interceptada da mesma forma que as comunicações telefônicas, porque ambas possuem como característica comum a instantaneidade, ou seja, sendo consumadas, nada sobra que possa ser retido como instrumento de prova de um ilícito penal, como ocorre com a correspondência e o telégrafo,

⁶⁸⁰ Telemática é a ciência que versa sobre a informação por meio do conjunto de computador e telecomunicação, como as comunicações via *internet*.

⁶⁸¹ JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.*, p. 464-465.

⁶⁸² GRECO FILHO, Greco. *Op. cit.*, p. 11-12. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 25.

⁶⁸³ Opina nesse sentido FREGADOLLI, Luciana. *Op. cit.*, p. 101-102 e GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 115.

hipóteses que permitem a apreensão da correspondência e do telegrama. Quando da forma de comunicação resultar algo tangível, perceptível materialmente, então o sigilo será absoluto, não podendo a comunicação ser interceptada.

A utilização de computadores e da *internet*, no ambiente de trabalho, vem proporcionando um eficaz desenvolvimento e aprimoramento das empresas, em razão de vantagens como facilidade de armazenamento de informações, rapidez, menores custos e notadamente a inequívoca possibilidade de descentralização da produção, permitindo o gerenciamento de subsidiárias à distância, por exemplo.

As novas tecnologias têm modificado consideravelmente o desenvolvimento da atividade laborativa. Através da *internet*, efetuam-se transações comerciais, pesquisas e troca de informações de todo o tipo, proporcionando uma maior produtividade, uma vez que informações valiosas no desenvolvimento de trabalhos se encontram disponíveis de maneira fácil e rápida. O *e-mail* ou correio eletrônico populariza-se cada vez mais como forma veloz e eficaz de comunicação nas empresas, que não podem prescindir de novas tecnologias, sob pena de perderem espaço no mundo globalizado.

No entanto, em contrapartida, observa-se um aumento considerável da incidência de utilização da *internet* para o envio de fotos e mensagens pornográficas, divulgação de obscenidades, mensagens difamatórias, racistas e preconceituosas de um modo geral. Algumas vezes, ainda que não tratem de questões desabonadoras ou pornográficas, o teor das mensagens perfaz-se como desviante dos assuntos relacionados à execução do serviço nos casos de, no horário de trabalho, baixar da *internet* músicas e filmes, acessar *sites* de *chats*, de compras, de *games online*, de *webmail* pessoal, páginas esportivas e de notícias.

Dessa forma, a utilização da *internet* e do correio eletrônico tem suscitado inúmeras questões de ordem jurídica, pois 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 as intromissões na intimidade dos trabalhadores.⁶⁸⁴

Um das formas de controle utilizadas pelos empregadores tem sido a fiscalização dos *e-mails* e das mensagens instantâneas, monitorando-se o conteúdo, os destinatários e os remetentes das mensagens recebidas/enviadas pelo empregado ou a verificação de sua

⁶⁸⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. O controle de correspondência eletrônica nas relações de trabalho. Revista LTr, São Paulo, v. 68, n. 9, set. 2004, p. 1031.

navegação por *websites*, situação em que é possível monitorar os endereços eletrônicos visitados, o tempo despendido em cada um deles e as informações trocadas.

Segundo a Folha Online de 10/07/01, mais de um terço dos norte-americanos que usam a *internet* no trabalho têm suas atividades “*on line*” monitoradas por seus patrões, sendo que, mundialmente, o percentual de trabalhadores monitorados é de 27%, o que vem crescendo devido ao baixo preço das ferramentas de rastreamento e pela preocupação, por parte das empresas, com a produtividade e com o uso da rede para fins que não os afetos ao trabalho. A *Privacy Foundation*, um grupo de defesa da privacidade na *web*, vem se destacando no cenário, denunciando que a maioria dos funcionários sequer são avisados sobre o monitoramento.⁶⁸⁵

A questão, no entanto, não se limita à simples comunicação aos empregados do controle de sua correspondência eletrônica. Na verdade, mesmo que a empresa obtenha a prévia concordância, por escrito, do funcionário, ainda há dúvida sobre a validade desse procedimento.

A maioria das Cortes, nos Estados Unidos, país conhecido pela obsessão no resguardo do direito à privacidade, vem entendendo que o empregado, ao receber um *e-mail* corporativo, não tem expectativa de privacidade na sua utilização, tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos, e, ainda, o interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do uso do *e-mail* da empresa.⁶⁸⁶

O Reino Unido, desde 2000, através da “*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*”, autorizou expressamente as empresas a promover o monitoramento de seus empregados, tanto em relação aos e-mails quanto no que tange às ligações telefônicas.⁶⁸⁷

Na Espanha, por sua vez, no final de 2000, o Senado aprovou uma moção para que o governo regulamente o uso do correio eletrônico e da *internet* como instrumento entre os trabalhadores e os sindicatos, de forma a garantir a inviolabilidade das comunicações, por vir considerando a jurisprudência espanhola que o local de trabalho não constitui, por definição, um espaço onde se possa exercer o direito à intimidade. “Esse direito está limitado ao seu exercício, dentro do local de trabalho, nos lugares de descanso, mas não naqueles em que efetivamente se desenvolve a atividade do empregado”.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵Folha Online, de 10 jul. 2001. Disponível em: <<http://www1.folhaol.com.br/folha/informatica/ult24u6785.sh>>. Acesso em: 30 jun. 2005.

⁶⁸⁶GUBERT, Maria Beatriz Vieira da Silva. O direito constitucional à privacidade e o rastreamento de “*e-mails*”. Revista do TRT da 12ª Região, Florianópolis, n. 21, 1 sem. 2005, p. 83.

⁶⁸⁷AIETA, Vânia. *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁸⁸*Idem*, p. 82

Segundo Adriano Carrera Calvo, em 02 de outubro de 2001, a *Cour d'Appel française* (Corte de Apelação francesa) entendeu que o empregador não pode interceptar o correio eletrônico de seus empregados ou ler correio eletrônico pessoal, inclusive nos casos em que o empregador tenha proibido o uso do computador para fins pessoais.⁶⁸⁹

No caso em exame, o conflito entre o direito de propriedade e o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo de correspondência/comunicações do empregado não encontra solução predeterminada no ordenamento jurídico brasileiro, fato que tem causado enorme divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de monitoração das páginas visitadas e dos *e-mails* recebidos e enviados.

A primeira posição defende que é possível o empregador monitorar *e-mails* corporativos e páginas visitadas na *internet* pelos empregados, com base em diversos motivos.⁶⁹⁰

Um primeiro argumento seria o de que toda a infra-estrutura necessária ao acesso do empregado à *internet* é fornecida pela empresa, sendo de sua propriedade os computadores, os *softwares* licenciados e a rede interna, podendo o empregador, desta forma, dispor destes recursos como melhor lhe aprouver.

Considerando-se 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 empregados como ferramenta de trabalho para o exercício da função, sendo, portanto, bem intangível de propriedade da empresa.⁶⁹¹ O patrimônio empresarial seria, em última instância, o que garante a atividade empresarial e os empregados, o que tem grande valor social.

O correio eletrônico corporativo traduz-se em um serviço de correio interno e privativo da empresa, voltado exclusivamente para o exercício de sua atividade comercial. Depois de estabelecido o vínculo empregatício, a empresa concede o endereço eletrônico

⁶⁸⁹ CALVO, Adriana Carrera. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁹⁰ Nesse sentido estão BELMONTE, Alexandre Agra. *Op. cit.*, p. 1031; MALLET, Estêvão. *Op. cit.*, p. 112; ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Op. cit.*, p. 691; GUBERT, Maria Beatriz Vieira da Silva. *Op. cit.*, p. 85-86; e GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

⁶⁹¹ AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 71.

empresarial, colocando gratuitamente à disposição dos funcionários uma ferramenta de trabalho, em razão do contrato existente.⁶⁹²

Para os defensores dessa corrente, não há 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 e como um benefício contratual indireto, mas como ferramenta de trabalho.

Dessa forma, se o *e-mail* é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5.º, XII, da CF/88. Assim, não se pode desqualificar a prova assim obtida, nulificando a justa causa aplicada em caso de abuso de utilização do *e-mail* pelo empregado.⁶⁹³

Outra justificativa para a prática do monitoramento eletrônico é a necessidade de se manter elevado o nível de eficiência e foco na atividade desempenhada. O uso da *internet* apresenta grande potencial dispersivo. Diversas vezes, ao se navegar pela rede em busca de determinada informação ou produto, torna-se possível a visita por páginas de conteúdo totalmente diferente daquele que inicialmente levou os empregados a entrar na rede.

Para que não ocorra a tipificação de desvio de finalidade no exercício da função, o correio eletrônico fornecido pela empresa ao seu empregado deve ser destinado necessariamente ao uso estritamente profissional, como uma ferramenta de trabalho de propriedade da empresa, não devendo ser utilizado para fins diversos do estipulado, pois comprometeria a produtividade, a imagem e a segurança da empresa.⁶⁹⁴ O empregador também deve ser protegido no tocante à sua imagem, consoante o disposto no art. 5º, inciso X, da CF/88.

De forma insofismável, há de se considerar que a questão da segurança e do sigilo da informação assume uma importância cabal para o êxito das empresas na disputa pelos mercados, notadamente no que tange às vicissitudes da concorrência.

A necessidade das empresas de estabelecerem mecanismos de prevenção em face de eventuais responsabilizações pelos atos de seus empregados, em virtude da teoria da aparência, também deve ser levada em consideração. A grande preocupação das empresas reside na má utilização dos correios eletrônicos pelos empregados que, muitas vezes, se valem

⁶⁹² OLIVEIRA, Euler Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador. *Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas*, Porto Alegre, v. 22, n. 261, set. 2005, p. 47-48.

⁶⁹³ AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 69.

⁶⁹⁴ *Idem*, p. 73.

dos equipamentos da empresa para transmissão de mensagens pornográficas, de cunho racista ou mesmo para transmitir aos terceiros interessados informações confidenciais da empresa empregadora.

Além disso, justificar-se-ia o monitoramento pelo fato do *e-mail* não assegurar qualquer privacidade já que seria previamente do conhecimento de todos que o conteúdo dos *e-mails* corporativos poderia ser lido por qualquer administrador do provedor. Uma outra justificativa para a prática do monitoramento seria a crescente ameaça de vírus e invasões por *crackers* – que, quando têm intenção de causar prejuízos aos computadores invadidos, são denominados *hackers* – que resultam na perda ou violação de informações importantes.⁶⁹⁵

O problema da lentidão de operação da rede quando são realizadas trocas desnecessárias de arquivos e mensagens também deve ser considerado, pois pode inviabilizar, por vezes, atividades que exigem prazos determinados e curtos para a sua realização.

Estévão Mallet defende que a não proibição expressa da legislação brasileira do monitoramento de *e-mails* e do rastreamento de páginas consultadas na *internet* tornaria tal prática lícita, desde que fosse do conhecimento dos empregados, o que impede a invocação da proteção à intimidade. “Há consentimento à quebra da intimidade, que atua como pré-excludente de ilicitude, independentemente de prévia autorização judicial”.⁶⁹⁶

De acordo com Domingos Sávio Zainaghi:

[...] se o empregador concede aos empregados uma conta de *e-mail*, é evidente que o faz para que este seja um instrumento de trabalho, e não um meio para ser utilizado como distração ou passatempo, ou ainda para práticas criminosas. O mesmo se diga do uso da *internet* para acesso a páginas pornográficas ou outras, que nada têm que ver com a atividade profissional. Quando o empregador concede conta de *e-mail* aos empregados, é evidente que não o faz para que estes se utilizem da mesma para subtrair horas de trabalho ou para comprometer o nome da empresa, inclusive colocando-a em risco de sofrer ações judiciais de reparação de danos. [...] E mesmo o acesso a *sites* não permite o empregador que seja para visitas a páginas de pornografia ou de práticas criminosas. Os empregadores têm todo o direito de exigir que não sejam utilizados seus computadores para acessos a *sites* que não os relacionados à atividade profissional, bem como têm o direito de proibir o uso do *e-mail* corporativo para assuntos particulares. Hoje qualquer pessoa pode ter uma conta de *e-mail* gratuita, e, vamos mais longe, o empregador tem direito de proibir o acesso desta durante o expediente. [...] Se o empregador concede *e-mail* e dá acesso livre a *internet* a seus empregados, tendo sido estes avisados de que haverá controle, não há qualquer agressão à dignidade do trabalhador a proibição de acesso a *sites*

⁶⁹⁵ *Idem, ibidem.*

⁶⁹⁶ MALLET, Estévão. *Op. cit.*, p. 112. Nesse sentido, Mário Gonçalves Júnior explica que, se o empregado sabe da possibilidade de monitoramento dos *e-mails* corporativos e, mesmo assim, decide exprimir seus pensamentos ou sua vida íntima por esse meio eletrônico, aceita o risco de perder o controle de sua divulgação, ou seja, abre mão da informação pessoal, já que parte de si o impulso original de exteriorizá-la. Cf. GONÇALVES JÚNIOR, Mário. A intimidade dos trabalhadores e o poder de comando dos patrões *apud* SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e *sites*, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. Revista LTr, São Paulo, v. 70, n. 1, jan. 2006, p. 69.

não relacionados à atividade profissional e, ainda, que o *e-mail* concedido pela empresa é para assuntos profissionais. A não obediência ao regulamentado pelo empregado, (*sic*) poderá dar ensejo à dispensa do mesmo por justa causa.⁶⁹⁷

Para Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert, o direito à privacidade não pode se tornar de tal forma absoluto que sirva para acobertar, além do mau uso das ferramentas de trabalho, eventuais crimes que possam ser cometidos a partir da utilização de *e-mail* corporativo por empregados inescrupulosos, os quais, por sua vez, poderão gerar a responsabilização direta ou indireta da empresa reclamada, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código Civil. A empresa deve resguardar sua reputação e preservar sua responsabilidade quanto ao uso das ferramentas de trabalho colocadas à disposição do empregado. Para isso, impõe-se a regulamentação da matéria, senão legal, pelo menos no âmbito coletivo, através de códigos de conduta ou cláusulas convencionais que deixem bem claro a vedação do uso do "*e-mail*" corporativo para fins particulares ou moralmente inadmissíveis, e a possibilidade de rastreamento em situações específicas e determinadas.⁶⁹⁸

Sérgio Ricardo Marques Gonçalves ressalta que quando os empregados enviam, da empresa onde trabalham, *e-mails* com vírus para terceiros e causam prejuízos, o empregador poderá ser obrigado a ressarcir os danos, sem contar a publicidade negativa que isso traz para o nome empresarial, ainda que depois possa cobrar os prejuízos do empregado responsável.⁶⁹⁹

O jurista Alexandre Agra Belmonte, em obra pioneira sobre a matéria versada e citado pelo Ministro Dalazen da Corte Superior Trabalhista, no conhecido acórdão do Recurso de Revista 613/2000.013.10.00.7 a seguir citado, bem explicita a matéria no particular:

Uma das razões que levam ao rastreamento das navegações e "*e-mails*" diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados "*Legal Disclaimers*" ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário – e não à Empresa – a responsabilidade pelo envio de "*e-mail*" causador de prejuízo moral ou material.⁷⁰⁰

Joana Zago Carneiro explica que os empregados têm o dever de preservação da integridade moral e respeito para com o empregador, demais empregados e terceiros que acessem o *e-mail*, de maneira que atitudes que não visem o fim social, como a difusão de correspondências eletrônicas impróprias à relação de trabalho, agridem a paz e a ordem de

⁶⁹⁷ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Op. cit.*, p. 691.

⁶⁹⁸ GUBERT, Maria Beatriz Vieira da Silva. *Op. cit.*, p. 85-86.

⁶⁹⁹ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

⁷⁰⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 113.

uma comunidade. “Justifica-se, por isso, o monitoramento das correspondências eletrônicas corporativas pelos empregadores”, eis que o interesse coletivo-social, nesse caso, “deve sobrepor-se ao individual”. A autora acredita que o *e-mail*, como instrumento de trabalho, deve conter informações pertinentes somente à empresa, pois estão em jogo a imagem e a honra do empregador.⁷⁰¹

Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá defendem que, se houver restrição expressa no contrato de trabalho quanto aos equipamentos da empresa, sendo esses destinados apenas ao uso profissional, o empregador poderia controlar a correspondência eletrônica de seus empregados, bem como os *sites* acessados na *internet*.⁷⁰²

Arion Sayão Romita entende que a utilização do computador da empresa pelo empregado, em hora e local de expediente, para a transmissão de mensagens de conteúdo pornográfico ou não relacionado com os assuntos do trabalho, enseja justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, com base no art. 482, b, da CLT. Nesse caso, o caráter faltoso do comportamento do empregado terá violado o princípio da boa-fé na execução do contrato de trabalho e desrespeitado o dever de lealdade.⁷⁰³

Sérgio Ricardo Marques Gonçalves defende que o nome de usuário e a senha do empregado sejam atribuídos pela empresa, o que já descaracteriza a privacidade do trabalhador. A pertinência dessa medida está no fato de que a chefia pode querer saber como andam as negociações ou atividades do empregado ou quando o empregado fica doente, falta, pede demissão ou é dispensado, o serviço pode continuar sem sofrer atraso ou interrupção através de outro empregado.⁷⁰⁴

Em 2005, a primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, prolatou o multicitado acórdão do Recurso de Revista n. 613/2000.013.10.00.7, cujo relator foi o Ministro João Orestes Dalazen. A decisão considerou válida a prova exibida em juízo pelo empregador consistente no rastreamento de *e-mail* corporativo, visando apurar de quem era a responsabilidade pela divulgação de fotos pornográficas a partir de seus equipamentos e sistemas de informática, sem que, com isso, houvesse violação à intimidade e à privacidade do empregado.

⁷⁰¹ CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos *e-mails* corporativos à luz dos princípios constitucionais. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.33, n.127, jul./set. 2007., p. 87.

⁷⁰² DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 11

⁷⁰³ ROMITA, Arion Sayão. Uso indevido do correio eletrônico como justa causa para despedida. Repertório de Jurisprudência IOB, n. 15, caderno 2, 1ª quinzena ago. 2002, p. 421-422 *apud* OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Direito à intimidade e à privacidade. *E-mail* de empregado. Revista Gênesis, Curitiba, n. 21, maio 2003, p. 657.

⁷⁰⁴ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

A primeira instância, seguindo posicionamento diverso, havia anulado a justa causa aplicada pelo HSBC Seguros ao empregado, sob o fundamento de que a inviolabilidade da correspondência tutelada pela Constituição é absoluta.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho confirmou o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal e Tocantins (10ª Região) sob o argumento de que o *e-mail* corporativo tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho e, portanto, a princípio, a não ser que o empregador consinta, é de uso estritamente profissional.

O Tribunal Superior do Trabalho assim se manifestou:

Prova ilícita – *E-mail* corporativo justa causa. Divulgação de material pornográfico.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular); Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre *Internet* e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

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

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail*, corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio

de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.⁷⁰⁵

Enfatiza o Ministro João Orestes Dalazen, Relator do referido processo 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”.

No mesmo sentido tem-se a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul):

DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. USO INDEVIDO DE CORREIO ELETRÔNICO. QUANDO SE CARACTERIZA. Prova que evidencia a utilização do *e-mail* funcional, pelo empregado, para difundir informações tendentes a denegrir a imagem da empregadora. Constitui justa causa para a despedida o uso indevido do correio eletrônico fornecido pelo empregador, não se podendo cogitar de infração ao disposto no artigo 5º, inciso XII da CF, já que o serviço de “*e-mail*” é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional. Sentença mantida.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 613/2000.013.10.00.7, 1ª Turma. Ministro Rel. João Orestes Dalazen. Publicação da decisão no DOU em 10 jun. 2005. No mesmo sentido, ver: AIRR 1640/2003.051.01.40.0, 1ª Turma, Ministro Rel. Vieira de Mello Filho. Publicação da decisão no DOU em 24 out. 2008: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - E-MAIL CORPORATIVO - ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988, a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante”; e AIRR 1649/2001.001.03.00.7, 7ª Turma, Ministro Rel. Pedro Paulo Manus. Publicação da decisão no DOU em 05 dez. 2008: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SANÇÃO DISCIPLINAR. SUSPENSÃO. USO INDEVIDO E -E-MAIL- CORPORATIVO. O quadro fático delineado no acórdão regional demonstrou que não se trata de ingerência à vida privada do empregado, mas, sim, desrespeito à norma interna da empresa que, expressamente, proíbe o uso de correio eletrônico corporativo, para divulgar material pornográfico. Entendimento em contrário implica revolvimento do contexto fático-probatório, o que esbarra na Súmula nº 126 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

⁷⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO 00168.2007.203.04.00.3, 2ª Turma, Rel. Desembargador Flávio Portinho Sirangelo. Publicação da decisão no DOE em 19 nov. 2008. No mesmo sentido, ver PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 02379.2006.673.09.00.6, 1ª Turma, Rel. Desembargador Edmilson Antônio de Lima. Publicação da decisão no DJPR em 06 jul. 2007: “E-MAIL CORPORATIVO. “INVASÃO” DA EMPREGADORA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO - O correio eletrônico corporativo, por se tratar de ferramenta concedida pela empregadora para a consecução dos serviços, não se reveste do caráter de inviolabilidade previsto no art. 5º, XII, da CRFB/1988, sendo direito da empregadora fiscalizar a correta utilização da ferramenta. Recurso do autor ao qual se nega provimento, no particular”; e RO 14051.2005.015.09.00.1, 4ª Turma, Rel. Desembargador Arnor Lima Neto. Publicação da

O Tribunal Regional da 2ª Região (São Paulo), em decisão proferida por sua 1ª Turma, manifestou-se pela legalidade de monitoramento do *e-mail* corporativo que no seu entender não fere norma constitucional de sigilo de correspondência, sobretudo quando o empregador dá ciência prévia a seus empregados das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento do correio eletrônico.⁷⁰⁷

Ressaltando a diferença entre o monitoramento de *e-mails* pessoais e corporativos, o Tribunal Regional da 9ª Região (Paraná) assim se manifestou, no esclarecedor acórdão proferido por sua 4ª Turma:

INTERNET - MENSAGENS ELETRÔNICAS - E-MAIL - COMUNICADOR INSTANTÂNEO - ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SIGILO - INVIOLABILIDADE - CONTROLE POR PARTE DO EMPREGADOR - UTILIZAÇÃO COMO PROVA JUDICIAL -POSSIBILIDADE - Diversamente do que ocorre com as mensagens eletrônicas provenientes ou endereçadas a *e-mail* (endereço eletrônico) pessoal ou particular do empregado, as quais gozam da proteção constitucional e legal de inviolabilidade (art. 5º, inc. LVI, da CF/88), o correio eletrônico corporativo e programas de envio de mensagens instantâneas (MSN, Yahoo Messenger, Exodus e similares) afiguram-se como meras ferramentas de trabalho para fins de facilitar a comunicação virtual entre empregados e clientes. Não se encontram protegidos, portanto, pela garantia de sigilo, nem de inviolabilidade, até mesmo porque, não raras vezes, sofrem acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas, constituindo-se, pois, em instrumento pelo qual o trabalhador pode, potencialmente, provocar expressivo prejuízo ao empregador. Lícita, portanto, sua monitoração pelo empregador, bem como sua eventual utilização como prova referente a atos ilícitos praticados pelo empregado.⁷⁰⁸

No caso julgado pelo TRT da 9ª Região (Paraná), em hipótese inversa em que foi o supervisor da empresa que enviou *e-mail* a empregado com conteúdo ofensivo, o *e-mail*, isoladamente, não foi considerado meio de prova fidedigno, sendo necessária a persuasão do juiz por outros meios, como a prova oral. No caso em tela, o *e-mail* também não foi

decisão no DOE em 10 jul. 2007: “JUSTA CAUSA - DESCUMPRIMENTO DE NORMA ESTABELECIDADA PELA EMPRESA - Tendo sido confesso o autor, quanto à matéria de fato e, inexistindo prova a elidir sua confissão, tem-se que a reclamada agiu dentro da lei, uma vez que o autor afrontou regras estabelecidas por ela, das quais ele tinha pleno conhecimento. Frise-se que a empregadora é um escola, onde convivem crianças e adolescentes, o que justifica a punição máxima e imediata quando da constatação da atitude do obreiro em acessar sites da *internet* proibidos pela reclamada, durante o expediente e em local de fácil visualização pelos alunos e seus responsáveis. Recurso do reclamante a que se nega provimento.”

⁷⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01130.2004.047.02.00.4, 1ª Turma, Rel. Desembargador Wilson Fernandes. Publicação da decisão no DOE em 28 nov. 2006. Em sentido semelhante, no RO 00341.2007.662.04.00.3, a 4ª Turma do TRT da 4ª Região decidiu pela possibilidade de dispensa de empregado por justa causa, que integrava comunidade do site “Orkut” da *internet*, criado com o propósito de hostilizar a empresa reclamada. Cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO 00341.2007.662.04.00.3, 4ª Turma, Relª. Desembargadora Denise Maria de Barros. Publicação da decisão no DOE em 19 dez. 2008.

⁷⁰⁸ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 0296.2005.002.09.00.4, 4ª Turma, Relª. Desembargadora Sueli Gil El-Rafihi. Publicação da decisão no DJPR em 19 jan. 2007.

considerado meio de prova ilícito mas pelas suas características técnicas, a sua aptidão como meio probatório foi considerada apenas indiciária.⁷⁰⁹

O Tribunal Regional do 23ª Região (Mato Grosso), em interessante decisão proferida no RO 01744.2006.027.23.00.4, considerou que o *e-mail* com conteúdo pessoal é prova ilícita, não servindo para comprovar ato ilícito praticado por preposto de empresa em face de empregado. Ademais, haveria violação à intimidade e ao sigilo de correspondência constitucionalmente assegurados.⁷¹⁰

Em sentido oposto, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul), manifestou-se pela ocorrência de violação à intimidade da empregada em decorrência de *e-mail* enviado pelo empregador e divulgado para vários gerentes de suas filiais, atribuindo à pessoa da trabalhadora e a outros colegas dela a responsabilidade por fraudes e violações ao código de ética vigente na empresa.⁷¹¹

Para Aieta, embora o TST tenha se posicionado, em decisão inédita, estabelecendo que os empregadores têm o direito de fiscalizar as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de correio eletrônico que a empresa oferece ao funcionário, por ser esta uma ferramenta de trabalho, desde que de forma moderada, generalizada e impessoal, os cidadãos monitorados devem ter ciência prévia de que estão sendo vigiados.⁷¹²

De acordo com a autora:

Não se poderia aceitar a tese da demissão por justa causa por ato de indisciplina, nos termos do art. 482, *h* (por ato de indisciplina ou de insubordinação) se não for facultada aos empregados a oportunidade de, pelo menos conhecer, quais são os limites objetivos do que o empregador entenda como ordem e disciplina no ambiente de trabalho, pois não se pode esquecer que o poder de punição do empregador deve ser exercido com boa-fé.⁷¹³

Uma vertente mais atenuada dessa corrente acredita que é possível que os empregadores controlem os *e-mails* recebidos e enviados pelos empregados, bem como as páginas acessadas pelos seus empregados e o tempo gasto nas visitas, mas não podem se envolver a ponto de saber o conteúdo das páginas visitadas e dos *e-mails*.⁷¹⁴

⁷⁰⁹ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 21883.2004.010.09.00.1, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Publicação da decisão no DJPR em: 19 set. 2008.

⁷¹⁰ MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. RO 01744.2006.027.23.00.4, 1ª Turma, Rel. Desembargador Tarcísio Valente. Publicação da decisão no DOE em 20 fev. 2008.

⁷¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO 00877.2007.003.04.00.2, 2ª Turma, Rel. Desembargador João Pedro Silvestrin. Publicação da decisão no DOE em 15 ago. 2008.

⁷¹² AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 84.

⁷¹³ *Idem*, p. 85.

⁷¹⁴ EBERLIN. Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Op. cit.*, p. 97.

Domingos Sávio Zainaghi assim se manifesta:

Ninguém prega que o empregador utilize métodos para ler os *e-mails* dos empregados, mas sim a vedação da utilização dessa ferramenta em assuntos particulares. Atualmente as empresas têm sistemas de controle de ligações telefônicas, onde são registrados os números dos telefones que chamaram ou que foram chamados, não havendo qualquer crítica à sua utilização. O que poderia ser criminoso e, portanto criticável, seria a gravação das conversas. Do mesmo modo, os modernos programas de acompanhamento de acesso à *internet* identificam os *e-mails* e *sites* acessados e não o conteúdo das mensagens, ou seja, com total semelhança com o sistema de controle telefônico.⁷¹⁵

Para Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho:

O fato de o empregado descumprir determinação para uso do *e-mail* apenas em serviço poderia ser grave o suficiente para configurar justa causa em casos extremos. Mas isso não legitima o abuso de direito do empregador que, com base no seu poder diretivo, pretenda violar a intimidade do empregado através da verificação das mensagens por ele enviadas pelos equipamentos de informática de propriedade da empresa. Certamente, haverá outras formas de se constatar e demonstrar a violação da norma contratual que veda a utilização dos computadores para questões particulares do empregado. Logo, é inconstitucional a cláusula contratual em que o empregado renuncia à privacidade do correio eletrônico.⁷¹⁶

Nesse sentido, no Recurso Ordinário 00997.2005.030.03.00.6, a 4ª Turma do TRT mineiro proferiu decisão, cujo relator foi o Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, manifestando-se pela possibilidade de monitoramento sem violação do conteúdo das mensagens dos *e-mails* enviados e recebidos pelo empregado, o que pode ensejar inclusive dispensa por justa causa, mas desde que haja conhecimento, por parte do trabalhador, da política da empresa quanto ao uso do correio eletrônico:

EMENTA: *E-MAIL* - LIMITES - USO CORPORATIVO E PESSOAL PODER EMPREGATÍCIO - DISCIPLINA "CONSEQÜÊNCIAS INTRA-CONTRATUAIS" PUNIÇÃO - A sociedade informacional caracteriza-se por uma moderna e sofisticada rede de comunicações baseada em verdadeiras bolhas de fibra ótica, que favorecem, por assim dizer, a colocação do mundo, em tempo real, sob as mais variadas formas de conexão e intercomunicação, na tela do computador, permitindo ao usuário, em alguns casos, ser mero expectador, e, em outros, verdadeiro partícipe, *on line*, dos fatos mais importantes que acontecem em qualquer parte do globo terrestre, e até fora dele, desde que haja tecnologia disponível no local. A *internet* tornou o mundo virtual e sensorialmente menor e, por conseguinte, concretamente mais próximo, em termos de informação, de comunicação e de um comércio, há muito, denominado de comércio eletrônico, em determinadas áreas, como é o caso daquelas abrangidas pelas empresas virtuais *amazon* e submarino, com um volume de negócios superior ao comércio tradicional, isto é, o presencial. O *e-mail* – uma das inúmeras facetas deste admirável e inesgotável mundo novo das comunicações e das relações entre os homens – constitui a forma mais moderna, segura, rápida,

⁷¹⁵ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Op. cit.*, p. 693.

⁷¹⁶ OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Op. cit.*, p. 658.

econômica, eficiente e usual de intercâmbio entre as pessoas, de modo que é o reflexo de uma combinação de sistemas utilizados no acesso, no registro, no tratamento e na transmissão de dados e de outros tipos de informações e de mensagens, que exigem uma rede de garantias jurídicas mínimas para os seus usuários. Atualmente, já se fala de inclusão *cultural digital*, para se referir a uma nova geração de direitos fundamentais, no mesmo nível de importância da saúde, da educação, da moradia, da alimentação, da liberdade, e essa será uma questão que, em breve, estará na pauta dos governantes de qualquer país, sendo certo que, acaso desdenhada, conduzirá milhões de pessoas ao isolamento das grandes conquistas tecnológicas em todas as áreas do saber humano. Fraquejará o Estado, diminuir-se-á a cidadania, onde não houver inclusão digital. Com a *internet*, o mundo que sempre foi *redondo* ficou *plano*, embora a desigualdade ainda seja um desafio a ser vencido. O cidadão comum, o empregado, o dirigente, o empresário, não há quem não possua (ou não queira possuir) um correio eletrônico e dele não faça uso várias vezes ao dia, seja em sua residência, na empresa, no colégio, na faculdade ou em *lan-houses*. No ambiente empresarial, o computador destina-se à prestação de serviços, que, como qualquer outro instrumento de trabalho, por natural e costumeira concessão da empregadora, via de regra, também pode ser utilizado racionalmente para fins pessoais, sem prejuízo ao bom andamento dos serviços. Isso sempre aconteceu e ainda acontece, embora em menor escala devido a disseminação do aparelho celular, por exemplo, com o telefone fixo, e mais recentemente, com o automóvel, com o *palmtop*, com o *lap top*, com o *ticket* refeição etc. Todavia, nada impede que a empregadora vede essa prática, deixando de modo claro e expresso, verbalmente ou por escrito, para os empregados que é proibido o uso do computador da empresa, dentro ou fora do horário de expediente, para fins pessoais. Nessas condições, se o empregado desobedece e acessa a *internet* ou o seu *e-mail* pessoal em computador da empresa, independentemente do conteúdo da mensagem, estará praticando ato de insubordinação ou de indisciplina, dependendo da natureza do comando, se genérico ou pessoal. O importante é que o empregado esteja ciente dos limites do uso do computador: o que pode e o que não pode fazer a partir do equipamento empresarial. Neste contexto, torna-se desnecessária a prática de qualquer ato, que deve ser repudiado, cujo objetivo seja a violação do *e-mail* pessoal do empregado, exceto em casos extremos em que isso se torne indispensável para fins de prova em processo judicial, se for o caso mediante autorização judicial, uma vez que o simples uso indevido da ferramenta de trabalho já configura, si por só, a justa causa, como tal capitulada no art. 482, alínea *h*, da CLT. No tratamento de questões tão agudas e sensíveis a direitos fundamentais, é importante salientar que a lesão à intimidade está ligada ao poder do Estado, bem como ao poder de particulares, e ambos desafiam tratamento severo. Na esfera da relação entre o empregado e o empregador, portanto, no campo restrito do Direito do Trabalho, vigoram, como no Direito Penal, com óbvias reciprocidades e interesses tutelados e tonalidades diferentes, as regras constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e, acrescentaria eu, eis que o rol não é taxativo, podendo ser ampliado a outros atributos da personalidade, das mensagens armazenadas em *e-mails*, tudo conforme previsto no art. 5º, incisos, X e XII, da Carta Magna. Grinover nota que o objeto da tutela relativa ao sigilo de correspondência, ao qual penso se deva associar o correio eletrônico, é dúplice: "de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade". (Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, p. 306). Ora bem, o rastreamento e a violação do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas via *e-mail* do empregado, ainda que em computador de propriedade da empresa, implicam ato que poderia tentar cunhar, denominando-o de "*desterritorialização do poder empregatício*", do qual o empresário definitivamente não é detentor, uma vez que para exercer o seu direito de fiscalizar e eventualmente de punir determinado empregado, por desrespeito a regras de conduta vigentes no ambiente exclusivo de trabalho, quase sempre necessitará invadir a intimidade, a vida privada, a liberdade de pensamento, o sigilo de correspondência e de comunicações de dados, tanto do seu empregado quanto de outrem, isto é, de terceiro a quem foi enviada ou de quem foi recebida a mensagem, mas que não se

encontra sob o manto da subordinação prevista no art. 3º, da CLT, a não ser que, absurdamente, a mensagem tenha sido enviada para a própria pessoa ou circule apenas na rede da empresa entre os empregados. Em se tratando de ilícito trabalhista e não penal, o terceiro não pode ser alcançado pelos tentáculos organizacionais da empresa. É inegável que o avanço tecnológico tem sido mais veloz do que a evolução do Direito, com forte pressão sobre o ser humano, o que, em determinados casos, o tem levado a abdicar de valores que lhe são tão nobres, porque fruto de árdua e sofrida conquista de gerações passadas, e também porque integrantes da categoria dos direitos fundamentais. Nesse espaço de tensão entre os homens e o poder, entre os homens e as máquinas, é indispensável que se encontre um ponto de harmonia em que as garantias constitucionais não sejam desprezadas em nome da modernidade, da produtividade, da qualidade total e do lucro. Eis o papel que entendo caber aos operadores do Direito para uma efetiva tutela da intimidade, na qual se insere a inviolabilidade de correspondência, inclusive a eletrônica: preservação da privacidade do conteúdo dos *e-mails*, verdadeira extensão da vida e dos segredos mais íntimos das pessoas, exceto nas hipóteses em que tal invasão se torne realmente indispensável para a apuração da verdade dos fatos e mediante prévia autorização judicial, já que, por outro lado, a pré-constituição da prova, como salientou o juiz Caio Vieira de Mello, quando produzida por uma das partes direta e pessoalmente envolvida na mensagem, desafia certificação cartorial, por iniciativa do remetente ou do destinatário, únicas pessoas, que, em princípio, podem ter acesso ao conteúdo de determinadas mensagens.⁷¹⁷

Ademais, ainda que o correio eletrônico seja corporativo, se o *e-mail* recebido ou enviado for de cunho estritamente pessoal, existe uma corrente que entende não ser recomendável a sua violação.

Conforme Aieta, seria possível ao empregado, com proporcionalidade e razoabilidade, utilizar o *e-mail* corporativo para fins pessoais, ou seja, para, por exemplo, fazer um contato com a sua família para saber se as coisas vão bem, pagar suas contas no *bankline* através da *internet*, receber um extrato bancário, ou seja, para resolver questões cotidianas rápidas, já que passa grande parte de seu dia no ambiente de trabalho.⁷¹⁸

No mesmo sentido, Mario Antônio Lobato de Paiva frisa a necessidade de se reconhecer o direito do empregado de ter uma comunicação externa durante o horário de trabalho. O empregador deve aceitar o uso social do *e-mail*, podendo o empregado, dentro do ambiente de trabalho, usar pessoalmente o correio eletrônico de forma não abusiva e justificada. Assim, o correio eletrônico pode ser utilizado no âmbito da empresa, porém de forma moderada e que não implique em prejuízos funcionais ou de qualquer outra ordem ao empregador.⁷¹⁹

⁷¹⁷ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00997.2005.030.03.00.6, 4ª Turma, Rel. Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Publicação da decisão no DJMG em 13 maio 2006.

⁷¹⁸ AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 82. No mesmo sentido, ver CARNEIRO, Joana Zago. *Op. cit.*, p. 97.

⁷¹⁹ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *E-mail: invasão de privacidade*. Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas, Porto Alegre, v.19, n. 222, jun. 2002., p. 87.

Não seria razoável, dessa forma, punir o empregado pela não utilização do *e-mail* corporativo estritamente para o trabalho, considerando tal conduta, sempre, como um desvio de finalidade da ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador.

Nesse sentido, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) assim entendeu:

*E-MAIL. INVASÃO DE PRIVACIDADE. JUSTA CAUSA. E-MAIL. ENVIO POR COMPUTADOR DE EMPRESA. NATUREZA DE CORRESPONDÊNCIA PESSOAL. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. EXEGESE. Justa Causa. "E-mail" caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviada por computador da empresa não lhe tira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede a direito do obreiro à intimidade (CF, 5º., VIII). Um único *e-mail*, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.⁷²⁰*

O Tribunal Regional da 9ª Região (Paraná), em excelente acórdão proferido pela 2ª Turma, manifestou-se pela moderação no exercício do poder disciplinar do empregador para fins de punição de empregado que havia se utilizado do correio eletrônico da empresa para fins particulares, decidindo que não se tratava de hipótese que ensejasse justa causa:

DANO MORAL. JUSTA CAUSA. USO DE CORREIO ELETRÔNICO DA EMPRESA PARA FINS PARTICULARES. ABUSO DO PODER DISCIPLINAR. A utilização, para fins particulares, do "e-mail corporativo" - correio eletrônico disponibilizado pela empresa para uso em serviço não configura justa causa para rescisão do contrato de trabalho quando a prova é de que não houve qualquer espécie de interferência na atividade empresarial, seja pela produtividade, seja pelo envio de mensagens impróprias que pudessem comprometer sua imagem ou o próprio ambiente de trabalho. A falta justificaria, eventualmente, advertência verbal, com registro na ficha funcional em caso de reincidência. O abuso no exercício do poder disciplinar existiu na medida em que o empregador arrogou-se o direito de fazer juízo de valor sobre a conduta do empregado que armazenou, no disco rígido do computador da empresa, mensagens eletrônicas que recebeu com imagens censuráveis. A indignação do empregador quanto ao aspecto moral revela hipocrisia e deixa transparecer que sua preocupação não era com possível lentidão ou queda da performance do sistema, pelo armazenamento indevido, mas, apenas, em função do conteúdo erótico do material. Recurso provido, no particular, para reconhecer a ocorrência de dano moral.⁷²¹

Eberlin entende, outrossim, que, caso o empregado informe que irá receber correspondência pessoal de determinado remetente e solicite ao empregador que não a viole, a abertura da correspondência será entendida como violação aos direitos à intimidade e à

⁷²⁰ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 2000034734-0, 6ª Turma, Rel. Desembargador Fernando Antônio Sampaio da Silva. Publicação da decisão no DOE em: 8 ago. 2000.

⁷²¹ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 13043.2005.029.09.00.0, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Publicação da decisão no DJPR em: 16 out. 2006.

privacidade. Também é tida como violadora a divulgação do conteúdo de mensagem pessoal destinada ao empregado, aberta e verificada pelo empregador em razão do poder de direção.⁷²²

Sobre o assunto, pertinente é a lição de Ana Lúcia Saugo Limberti Nogueira:

Oportuno ressaltar que o empregado que se utiliza do endereço da empresa para o recebimento de suas correspondências pessoais, estará sujeito à sua violação, salvo se houver determinação expressa quanto a não abertura das correspondências de destinatários delimitados e discriminados, uma vez que por ser ambiente de empresa, subentende-se que toda correspondência seja de cunho profissional, estando, portanto, sob o comando do poder fiscalizatório e diretivo do empregador. Logo, a abertura das correspondências, por superiores hierárquicos, em eventual ausência do empregado, não poderá ensejar violação à correspondência, vedada pela Carta Magna, uma vez que se pressupõe que o teor da carta seja estritamente profissional, em virtude do local de recebimento. Porém, quando o teor da correspondência for de cunho estritamente pessoal, jamais será permitida a divulgação deste teor, sob pena de estar violando o direito à inviolabilidade de correspondências.⁷²³

Essa corrente entende, ademais, que, ao contrário dos *e-mails* corporativos, os *e-mails* pessoais são considerados invioláveis. Entende-se por *e-mail* pessoal todo aquele em que o indivíduo arca com todos os custos e obrigações para seu acesso, conexão e utilização, existindo exclusivamente em decorrência da vontade do indivíduo em criá-lo, sem qualquer vínculo com atividades laborais corporativas.⁷²⁴

Segundo Vânia Siciliano Aieta:

Nestes casos, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador, ninguém poderá exercer qualquer tipo de controle sobre o conteúdo das mensagens, pois a Constituição da República de 1988 assegura não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, alcançando quaisquer formas de comunicação pessoal, ainda que no universo virtual. Assim, configura-se como sagrada e inviolável a comunicação de dados em *e-mail* particular.⁷²⁵

O princípio da inviolabilidade da correspondência se manifesta como tutela indireta do direito à intimidade, pois essa forma de comunicação pode revelar o universo pessoal de cada indivíduo. Em se tratando, neste caso, de um universo de subjetividade, pessoalidade e

⁷²² EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Op. cit.*, p. 98.

⁷²³ NOGUEIRA, Ana Lúcia Saugo Limberti. Limites entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade do empregado no ambiente de trabalho. 2003. Monografia (Especialização em Direito). Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 58.

⁷²⁴ Nesse caso, a pessoa que contrata os serviços do provedor de acesso, determina o seu *login* e sua senha de acesso. A comunicação se realiza por meio de conta privada de usuário.

⁷²⁵ AIETA, Vânia Siciliano. *Op.cit.*, p. 67.

confidencialidade, torna-se necessário protegê-lo para que não se transforme em objeto da curiosidade e da má-fé de terceiros.

Para Joana Zago Carneiro, diante da proibição da utilização dos *e-mails* corporativos para fins pessoais, é possível o acesso ao *e-mail* pessoal durante os intervalos de trabalho, ainda que pelo computador da empresa, quando não atrapalharem a produção laboral, caso em que eles não poderão ser monitorados, sob pena de violação ao direito à privacidade do trabalhador.⁷²⁶

Em sentido contrário está Sérgio Ricardo Marques Gonçalves, para quem nem mesmo o *e-mail* particular pode ser consultado no equipamento da empresa pois, durante o trabalho, o empregado não deve ter sua atenção voltada para outra coisa senão os afazeres do seu ofício. A consulta a *e-mail* particular e a navegação por páginas que não tenham relação com seu trabalho podem configurar desídia do empregado no cumprimento de suas funções, ensejando motivo para a justa causa, com base no art. 482, alínea “e”, da CLT.⁷²⁷

Por outro lado, existe uma corrente que prega a impossibilidade do controle do uso da *internet* e do correio eletrônico fornecido ao empregado, em razão do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade do trabalhador, ainda que no ambiente de trabalho.⁷²⁸

Para essa corrente, mesmo estando subordinados ao poder de direção de seu empregador, os empregados não podem ser privados de seu direito a um mínimo de reserva sobre aspectos que digam respeito à sua esfera íntima.

A privacidade do empregado é um direito personalíssimo e, por esta mesma razão, apresenta-se como um direito inato, intransmissível, imprescritível, inalienável e *erga omnes*. Sendo assim, a intromissão na esfera íntima do empregado, justificada pelo exercício do poder de direção, apresentar-se-ia como um verdadeiro abuso do direito de fiscalizar.

Um argumento a favor desse posicionamento é o de que o chamado "sigilo epistolar" apresentaria, atualmente, um entendimento mais alargado, alcançando também os *e-mails* e, para uma perspectiva analítica mais radical na defesa do direito à intimidade, abarcaria, inclusive, os *e-mails* corporativos.

⁷²⁶ CARNEIRO, Joana Zago. *Op. cit.*, p. 91.

⁷²⁷ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

⁷²⁸ Nesse sentido estão AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 59-88; OLIVEIRA, Euler Sinoir. *Op. cit.*, p. 46-56; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O empregador pode monitorar e-mail do empregado? (Debate). *Jornal do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 299, 2005, p. 10-11; OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Op. cit.*, p. 653-663; e SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A privacidade do trabalhador no meio informático. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4292>>. Acesso em: 10 maio 2008; entre outros.

Neste sentido, vale analisar o posicionamento das principais centrais sindicais do Brasil. Segundo o Secretário Nacional de Comunicação da Central Única dos Trabalhadores (CUT), Antônio Carlos Spis, a entidade é contra o rastreamento indiscriminado, pelas empresas, dos *e-mails* de seus funcionários, pois o empregador pode desviar esse tipo de rastreamento para uma vigilância de caráter ideológico. A Força Sindical, por seu turno, 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”.⁷²⁹

Ademais, é importante salientar que os empregadores podem se valer do monitoramento de *e-mails* e *sites* visitados pelos empregados para fazer verdadeiras fichas de características pessoais e traços da personalidade do trabalhador, bem como para analisar as suas preferências em relação a diversas matérias.⁷³⁰ Essas fichas podem gerar tratamento discriminatório para o empregado, bem como levar à rescisão do contrato de trabalho, ainda que o empregado não saiba o motivo.

Euler Sinoir de Oliveira lembra que, como o monitoramento de *sites* visitados e *e-mails* enviados e recebidos, hoje em dia, é muito fácil, o empregador pode se valer do *login* e da senha do empregado e, não estando satisfeito com o trabalho desenvolvido por esse e com o objetivo de não arcar com os custos de uma rescisão contratual sem justa causa, usar os meios de que dispõe e “encher” a caixa eletrônica do empregado com mensagens pessoais, e até mesmo ilícitas, de cunho sexual e criminal, para obter a rescisão por justa causa.⁷³¹

Em adição, o fato de o correio eletrônico ser disponibilizado pela empresa como ferramenta de trabalho não deve permitir que a interceptação deste seja feita sem qualquer justificativa prévia, considerando-se ato lesivo aos direitos fundamentais do empregado a ausência desta justificativa. Segunda Aieta, na esteira deste raciocínio, pode-se asseverar que ninguém questionaria que os banheiros instalados em um estabelecimento empresarial não

⁷²⁹ AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 74.

⁷³⁰ Essas fichas contendo dados são facilmente geradas por meio dos chamados *cookies* quando o empregado acessa um *site*, mediante instruções que os servidores *web* enviam aos programas navegadores e que se guardam em diretório específico do computador do usuário. Ou, então, as fichas são montadas por programas de monitoramento de *e-mails* e páginas visitadas na *internet*. Esses programas registram os *sites* visitados pelos empregados, e com que frequência, bem como filtram, registram e classificam automaticamente cada palavra que passa pelos *e-mails* de suas redes. Sabe-se quais pessoas recebem ou enviam mais mensagens, as mais longas que atravancam as redes, as de conteúdo comprometedor. Com tais *softwares* é possível visualizar os textos de mensagens de anexos, bem como fazer buscar nos textos. Alguns rastreiam, também, a origem e destino dos *e-mails*. Cf. OLIVEIRA, Euler Sinoir. *Op. cit.*, p. 50.

⁷³¹ *Idem*, p. 51.

sejam de propriedade da empresa, mas nem por isso pode-se admitir que o empregador venha a instalar câmeras para vigiar a atividade do empregado neste local.⁷³²

Outro argumento seria o de que o monitoramento acaba por impedir o desenvolvimento do pensamento e da personalidade do empregado, sendo violado o seu direito à liberdade de expressão. O *e-mail* poderia ser também 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.⁷³³

Quanto à questão da responsabilização da empresa pelos atos de seus empregados perante terceiros, o advogado paulista Mario Antônio Lobato de Paiva e o juiz da 8ª Vara Civil de Campina Grande, na Paraíba, Antônio Silveira Neto, ponderam que:

[...] existem instrumentos tecnológicos menos invasivos que podem evitar danos aos agentes externos, sem necessidade de desrespeito à garantia fundamental. 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*.⁷³⁴

Nas palavras do ilustre magistrado, resta claro, portanto, que o que os opositores da intervenção no correio eletrônico desejam é a proibição da leitura do conteúdo dos *e-mails*, não se excluindo a possibilidade de a empresa fixar regras e vedações para a utilização do correio eletrônico por ela disponibilizado, até mesmo porque a empresa responde pelos atos de seus empregados perante terceiros.

Ademais, é necessário ressaltar que a prática irrestrita e excessiva do monitoramento eletrônico dos *e-mails* dos empregados pode tornar-se abusiva, gerando ambientes de trabalho desagregadores e até improdutivos, devido ao receio, pressão e mal-estar dos trabalhadores.

Como partidário dessa corrente, Jorge Luiz Souto Maior defende a impossibilidade do controle dos meios eletrônicos pelo empregador:

⁷³² AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 74. Segundo a autora, os telefones e as suas respectivas linhas são de propriedade da empresa e para uso profissional, mas a doutrina majoritária entende ilícita a utilização de escutas telefônicas nas empresas para tomar conhecimento das conversas de empregado, pelo menos sem ter uma autorização judicial.

⁷³³ *Idem*, p. 76.

⁷³⁴ SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4292>>. Acesso em: 10 maio 2008.

Ao permitir-se que uma pessoa tenha acesso a mensagens de outra, emitidas em mecanismos que, naturalmente, trazem aspectos de intimidade, mesmo que o meio utilizado para a comunicação seja de propriedade daquele que monitora, abre-se uma porta muito perigosa no que diz respeito à implementação dos direitos fundamentais, pois, na confrontação de valores, acaba-se possibilitando que o direito de propriedade sobressaia sobre o direito da personalidade, ligado à intimidade. O princípio jurídico que se estabelece com este entendimento extrapola a mera relação de empregado, podendo atingir a todos os cidadãos em qualquer situação. O contrário seria discriminação: considerar que apenas a privacidade do empregado, porque subordinado, está sujeita a restrições imotivadas por ingerência do direito de propriedade.⁷³⁵

De acordo com Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho, em virtude da função social do contrato de trabalho, da vedação ao abuso de direito no exercício do poder diretivo do empregador e da boa fé objetiva que gera o dever de agir com lealdade nas relações contratuais, não é admissível a violação do *e-mail* do empregado pelo empregador. Ademais, a prova obtida por esse meio é ilícita, não podendo ser utilizada em juízo. O empregador pode, então, fazer prova da conduta irregular do empregado, mas não por meio da violação do *e-mail* pessoal do trabalhador faltoso. Outrossim, a violação à intimidade do empregado será causa de rescisão indireta do contrato de trabalho (CLT, 483, d), resultando nas verbas rescisórias decorrentes, além da indenização por dano moral, cumulável com eventuais danos materiais.⁷³⁶

Segundo esses autores:

[...] o princípio da proporcionalidade visa direitos constitucionais de igual importância. Logo, não se pode aceitar que o direito de propriedade deva prevalecer sobre a intimidade e a privacidade do indivíduo. Nesse sentido, não é razoável (proporcional) que o empregador viole o direito à intimidade de seu empregado para a obtenção de prova destinada a ser utilizada em juízo para configurar justa causa, por exemplo. [...] Apresenta-se a seguinte questão: o empregador pode ter acesso ao conteúdo do correio eletrônico (*e-mail*) de seus empregados quando esses se utilizem dos computadores e demais equipamentos da empresa para veicular suas mensagens? De antemão, a resposta a tal questão deve ser negativa, com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), intimidade e privacidade do indivíduo, que impedem o empregador de violar os *e-mails* de seus empregados. Dignidade humana, privacidade e intimidade são garantias constitucionais (CF, 1º, III e 5º, X e XII) e, em que pese inexistirem garantias absolutas, estas se encontram no mais alto grau de proteção pela Constituição. Nesse sentido, resumindo-se ao enfoque desse trabalho, 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. Os *e-mails* dos empregados, ainda que versem sobre assuntos que não tenham ligação com a atividade laboral, jamais poderão ser violados, inclusive nos casos em que houver previsão contratual vedando a utilização do correio eletrônico para assuntos particulares. Eventual

⁷³⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op. cit.*, p. 10-11.

⁷³⁶ OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Op. cit.*, p. 657.

cláusula inserida no contrato de trabalho nesse sentido será tida como nula ante a presunção de coação no momento da contratação.⁷³⁷

Euler Sinor de Oliveira, por sua vez, entende que a violação de *e-mails* por parte do empregador é juridicamente vedada, assim como deve ser invalidada a cláusula contratual que conste a possibilidade de rastreamento ou interceptação, pois ela seria inconstitucional.⁷³⁸

Alessandra Loyola Mistrongue e Felipe de Oliveira Kersten acreditam que a violação de *e-mails* por parte do empregador, visando fiscalizar o empregado, constitui ofensa à sua liberdade individual, bem como à sua vida privada e à sua intimidade, assim como configura hipótese de inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas. A alegação de que o empregador possui o poder de gestão na relação empregatícia, tal como concebido no art. 2º da CLT, não poderá prevalecer frente à norma constitucional que garante a inviolabilidade da vida privada do cidadão. Segundo os autores:

[...] o empregador pode e deve alertar o seu empregado para que não utilize a *internet* para fins que não sejam relacionados ao trabalho, sob pena de advertência, mas é inadmissível qualquer intromissão do empregador, por meio de programas de computador específicos, que violam *e-mails* de seus empregados. A possibilidade de o empregado, mesmo que voluntariamente, permitir, pelo contrato de trabalho, a possibilidade de o empregador fiscalizar os seus *e-mails*, violando-os quando lhe aprouver, esbarra na disposição legal de que impede quem quer que seja de dispor acerca do [...] direito à intimidade e à vida privada.⁷³⁹

Mário Antônio Lobato de Paiva ressalta, ademais, que uma das expressões fundamentais da liberdade de pensamento pode ser materializada através da comunicação estabelecida pelo contato via *e-mail*, através da *internet*, que deverá ser resguardada no sentido de priorizar a proteção à intimidade do remetente e do destinatário da correspondência. Assim, qualquer comando legal ordinário que vise a violação por parte das pessoas, atribuindo a dificuldade de inspeção sobre o conteúdo das mensagens, poderá vir a ser considerada norma inconstitucional, desde que se considere que o dispositivo constitucional refere-se tanto ao correio postal quanto ao correio eletrônico. O trabalhador

⁷³⁷ *Idem*, p. 655-656.

⁷³⁸ OLIVEIRA, Euler Sinoir de. *Op. cit.*, p. 54.

⁷³⁹ MISTRONGUE, Alessandra Loyola; KERSTEN, Felipe de Oliveira. Invasão de privacidade: a violação de *e-mails* nas relações de trabalho à luz da ordem jurídico-constitucional brasileira. Revista LTr. São Paulo, v. 68, n. 3, mar. 2004, p. 318-319. Os autores entendem que o inciso XII do art. 5º da Constituição protege o sigilo das comunicações pessoais, nomeadamente da correspondência telegráfica, de dados (inclusive pela informática) e das comunicações telefônicas. Ao proteger o sigilo das comunicações, o constituinte teve em mente a tutela do direito de se comunicar sem que houvesse qualquer interferência, preservando, em última análise, o direito do indivíduo em relação à sua privacidade.

teria, portanto, direito à inviolabilidade das comunicações e direito ao exercício do trabalho em condições dignas.⁷⁴⁰

Segundo Antônio Silveira Neto e Mário Antônio Lobato de Paiva:

O monitoramento do *e-mail* do empregado impede o exercício do direito à liberdade de expressão, do direito à crítica e até de reflexão sobre as condições de trabalho. De sorte que, a interceptação das mensagens impede que o trabalhador possa discutir, com os demais, as formas de desempenho das funções, os desgostos com os superiores, a desconfiança de uma prática ilícita e a reivindicação por melhores condições de trabalho. Permitir o acesso ao conteúdo das mensagens é exigir um comportamento dócil e conformista do empregado diante do órgão empresarial, que nos tempos atuais tem por obrigação atuar de maneira ética e de acordo com uma finalidade social que não se resume a consecução do lucro, puro e simples. O monitoramento irrestrito do conteúdo das mensagens eletrônicas conduz a um controle abusivo sobre a personalidade do trabalhador. [...] Cumpre salientar que a proibição de leitura do conteúdo do *e-mail* [...] não exclui a possibilidade da empresa, com base no seu poder de direção, fixar regras e vedações para utilização da correspondência eletrônica.⁷⁴¹

Victor Drummond acrescenta: “Não se pode olvidar que também na outra ponta da rede há alguém que possui um estado de privacidade que deve ser preservado.” Para essa pessoa que não faz parte dos quadros da empresa, o terceiro não interlocutor (que não é o remetente nem o destinatário), não pode vir a examinar as mensagens sob a alegação de que o correio eletrônico é de propriedade da empresa. “[...] ao fazer incidir dados ou informações pessoais em mensagens eletrônicas, o interlocutor do funcionário não pode ser surpreendido com a interferência de terceiros, sendo a prática destas violação de privacidade.”⁷⁴²

Ernesto Lipmann diz que o empregado que tiver seu *e-mail* violado pela empresa poderá requerer, além de rescisão indireta do contrato de trabalho, uma reparação pelos danos morais sofridos no tocante ao seu direito de intimidade. Ademais, o empregador que intercepta os *e-mails* destinados a seus empregados está sujeito a ser processado criminalmente. O autor pondera, contudo, que, quando o empregado pratica atos fraudulentos através dos meios de comunicação do estabelecimento, pode a empresa em virtude da legítima defesa dos interesses empresariais monitorar as conversas telefônicas e os *e-mails* do empregado. Para tanto, deve ser requerida judicialmente a quebra do sigilo, de telefone e de

⁷⁴⁰ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho. Encarte O Trabalho, n. 70, dez. 2002, p. 1692.

⁷⁴¹ SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4292>>. Acesso em: 10 maio 2008.

⁷⁴² DRUMMOND, Victor. O correio eletrônico no ambiente laboral e o direito à privacidade. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 57, mar./abr/ 2002, p. 47.

telemática, do suspeito de envolvimento nas fraudes contra a empresa, caso em que a prova seria lícita e poderia embasar uma rescisão por justa causa por ato de improbidade.⁷⁴³

Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá discorrem sobre a questão do monitoramento de *e-mails* de empregados no ambiente de trabalho em termos de restrição ou autorização, expressa ou não, dos equipamentos do empregador para uso profissional, uso pessoal ou misto, ou seja, tanto para uso pessoal quanto profissional.

Segundo as autoras:

Se há uma limitação das ferramentas para uso estritamente profissional (considerando-se, sempre, um prévio conhecimento dessa restrição pelos empregados), com a vedação expressa para outros fins, a empresa pode controlar a correspondência eletrônica de seus funcionários, bem como os *sites* acessados na *Internet* e, até, as chamadas telefônicas. Não há que se falar, no caso, em renúncia, por parte do empregado, de seu direito à intimidade. O que ocorre é, tão somente, uma anuência, temporária e específica, do titular desses direitos, tendo em vista, notadamente, o dever de obediência e a necessidade de cumprimento de uma norma interna e justificável da empresa. Pode esta, então, exercer essa “invasão de intimidade” especial e limitada. Assim, se o correio eletrônico é disponibilizado apenas para assuntos relacionados ao trabalho, o empregador pode checá-los, pois é parte interessada e nada do que será lido ali poderá configurar uma invasão na esfera privada e íntima do funcionário. Ao contrário, a empresa tem total interesse em, por exemplo, responder *emails* endereçados a funcionários ausentes; evitar que entrem vírus na rede, etc.⁷⁴⁴

Muitas empresas têm sistema de correio eletrônico interno entre os funcionários, com a finalidade de facilitar e agilizar o repasse de ordens, a distribuição de tarefas, o envio de relatórios, etc. Em princípio, não há dúvida de que a finalidade de sua utilização está diretamente ligada aos assuntos profissionais da companhia e não pessoais dos trabalhadores. O controle, nesse tipo de *e-mail* interno, prescindiria de justificação e comunicação prévias aos empregados, sendo, contudo, recomendável e cautelosa uma determinação expressa nesse sentido, o que evitaria possíveis alegações futuras de violação à intimidade do trabalhador.

Para Duarte e Tupinambá, se, apesar da expressa vedação ao uso pessoal das ferramentas, o empregado desrespeitar a regra interna da empresa, o empregador, além de poder demiti-lo por ato de indisciplina (art. 482, *h*, da CLT), se for o caso e dependendo da reincidência ou da gravidade da falta, ainda ficará imune a qualquer acusação de suposta violação à intimidade e vida privada daquele.⁷⁴⁵ Obviamente a prova da justa causa deverá ser robusta e o ônus da prova sempre será do empregador.

⁷⁴³ LIPMANN, Ernesto. *Op. cit.*, p. 484-485.

⁷⁴⁴ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 11. No mesmo sentido ver: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 228.

⁷⁴⁵ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 12.

É evidente que a razoabilidade e o bom senso devem prevalecer, evitando que as empresas cheguem ao extremo de demitir empregados apenas porque estavam lendo piadas ou recebendo “correntes” na rede. Até porque nunca foi causa de demissão a leitura, isolada, de piadas, livros e “correntes” impressas e repassadas de um colega a outro, pessoalmente, fora do computador. Portanto, a simples veiculação de mensagens com esse teor na rede não pode ter força de transformar atividades, até então consideradas corriqueiras e toleráveis em condutas criminosas e puníveis com demissão sumária.

A segunda hipótese ocorre quando o empregador permite ou, mais ainda, autoriza que os empregados se utilizem das ferramentas disponíveis para assuntos exclusivamente pessoais, caso em que deverá respeitar a privacidade e a intimidade de cada trabalhador, sob pena de dar ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho, além de ter que arcar com a indenização por danos morais e materiais, sem prejuízo de eventual processo criminal.⁷⁴⁶

Nessa situação, não se mostra válida nem suficiente a obtenção, pelo empregador, de um termo no qual o empregado autorize a empresa a checar seus *e-mails*, suas ligações e os *sites* acessados de forma pessoal e desvinculada do trabalho. Não há justificativa razoável para esse tipo de permissão, mas, ao revés, uma presunção de que este teria sido coagido a assinar esses documentos, ainda mais se se considerar que, na grande maioria dos casos, é no momento de sua admissão que o trabalhador enfrenta essa imposição, ocasião em que estará, inegavelmente, em posição vulnerável.

Não obstante, se houver uma suspeita de fraude, de mau uso dos equipamentos da empresa ou da prática de atividades ilícitas pelos empregados, deve haver o requerimento, pelo empregador, de uma ordem judicial que autorize a checagem dos *sites* acessados, da correspondência trocada e das conversas telefônicas mantidas.⁷⁴⁷

Parte da doutrina, entretanto, entende que, no caso dos *e-mails*, nem mesmo uma autorização judicial seria capaz de permitir a verificação do conteúdo da correspondência. Isto porque o art. 5º, XII, da Constituição somente autorizaria a quebra do sigilo, por meio de ordem judicial, para o caso específico das comunicações telefônicas.⁷⁴⁸ A Lei nº 9.296/96, em seu art. 1º, parágrafo único, seria inconstitucional quanto à extensão da autorização judicial para a interceptação de comunicação em sistemas de informática e telemática.

⁷⁴⁶ *Idem, ibidem.*

⁷⁴⁷ *Idem, ibidem.* Alguns questionam ainda qual seria o órgão competente para apreciar tal pedido: a Justiça do Trabalho ou a Justiça Criminal? No caso do art. 5º, inciso XII, da CF/88, permite-se a violação apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal, não deixando clara a questão da competência. É importante ressaltar que hoje já se discute sobre a possibilidade da Justiça do Trabalho exercer competência criminal, em casos relativos às relações de trabalho.

⁷⁴⁸ Nesse sentido estão LIPPMAN, Ernesto. *Op. cit.*, p. 483-486 e OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano; COELHO, Luciano Augusto de Loledo. *Op. cit.*, p. 653-663.

De todo modo, em caso de suspeita de conduta ilícita por parte do empregado, no que diz respeito ao uso de *e-mails* e *internet*, o empregador deve pedir auxílio judicial para que possa obter *provas* lícitas e capazes de fundamentar uma demissão do trabalhador por justa causa, nos termos do art. 482 da CLT. Caso contrário, se agir unilateralmente e der início a um procedimento investigatório próprio e autônomo, as provas obtidas pela empresa serão consideradas ilícitas (art.5º, LVI, da CF/88), enquadrando-se elas na teoria dos frutos da árvore envenenada, não podendo embasar uma rescisão por justa causa e, tampouco, serem aceitas em um processo criminal.

Se a suspeita não se referir à prática de uma atividade ilícita (pedofilia na rede, assédio sexual, quebra de sigilo, facilitação da concorrência etc.), mas, sim, a mera conduta desidiosa do empregado (passar horas "navegando" na *Internet* ou fazer horas extras desnecessárias porque resolveu problemas pessoais durante a jornada normal, entre outras hipóteses), o empregador tem diversas outras maneiras de controlar a boa e fiel execução dos serviços contratados, sem ter que, necessariamente, violar a intimidade de seu pessoal. Pode-se cobrar um empregado pela produção mínima, por tarefa, pelo tempo despendido em determinada atividade, pela qualidade do serviço prestado ou por sua pontualidade, enfim, pelos métodos tradicionais de avaliação profissional, sem ter que se imiscuir na vida privada de cada um.⁷⁴⁹

A terceira e última hipótese acontece quando se permite o uso misto dos equipamentos eletrônicos, tanto para uso pessoal quanto para uso profissional. A dificuldade existente, nessa situação, é de ordem prática, ou seja, está em como fazer para separar o que corresponde à matéria ligada ao trabalho e o que diz respeito à intimidade privada do empregado.

Quanto aos *sites* acessados, não há como se diferenciar o que trata de assunto profissional e pessoal sem antes checar o conteúdo do *site*. Em sendo assim, a empresa não pode fazer essa verificação, sob pena de violar o direito à intimidade do trabalhador e incorrer nas sanções já enumeradas.

De acordo com Bracks e Tupinambá, para os *e-mails* podem ser criadas regras internas de classificação e arquivo dos correios enviados e recebidos. A título ilustrativo, pode-se determinar que, em todas as mensagens enviadas, o empregado coloque, no campo "assunto", a expressão "pessoal" ou "profissional", dependendo da natureza e do conteúdo do correio. Já para as mensagens recebidas, o empregado criaria "pastas" próprias de gravação e arquivo dos *e-mails*, uma para aqueles "pessoais" e outra para os "profissionais". Nesse sistema, o empregador somente poderia checar aqueles *e-mails* que trouxessem a expressão

⁷⁴⁹ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 13.

"profissional" no seu campo de assunto, bem como aqueles arquivados na pasta de mesmo nome. Outra opção seria a criação de dois diferentes "endereços eletrônicos" para cada empregado, um para uso pessoal e outro para uso profissional, somente este último sendo passível de controle pela empresa.⁷⁵⁰

O fato é que, quando se tem esse uso misto, que ocorre na grande maioria das empresas, o mais recomendável é a adoção, seguida de ampla divulgação, de uma minuciosa política de monitoramento, por meio da qual o empregador enumere, por exemplo, o que é permitido e o que é vedado aos empregados; em que horários o trabalhador pode fazer uso pessoal das ferramentas; que tipo de assuntos podem ser resolvidos da mesa de trabalho etc.

De acordo com Bracks e Tupinambá:

[...] sempre que o uso dos equipamentos for compartilhado para assuntos de trabalho e pessoais de cada empregado, o empregador não pode checar os *sites* acessados e os correios trocados, a menos que tenha como, previamente, separar o que corresponde a quê. Agindo de forma diversa, o empregador estará violando a intimidade de cada funcionário, como já mencionado anteriormente, podendo dar causa à rescisão indireta do contrato de trabalho, pagamento de indenizações por danos morais e materiais e incorrer em eventual processo criminal.⁷⁵¹

O Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais de Trabalhadores da Organização Internacional do Trabalho – que trata sobre a utilização de pelos empregadores de técnicas de informática e de vigilância eletrônica com a finalidade de proteger a dignidade de candidatos a emprego, empregados e ex-empregados – diz que o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores deverá efetuar-se de modo lícito e limitar-se, exclusivamente, a assuntos pertinentes à relação de emprego, não podendo conduzir a discriminação, nem devem ser os únicos fatos de avaliação profissional de trabalhador.⁷⁵²

Ademais, o Repertório prevê a impossibilidade dos trabalhadores renunciarem ao direito de proteger sua vida privada e dispõe que os empregadores não poderão colher dados alusivos à vida sexual do empregado, convicções políticas e religiosas, a não ser em casos excepcionais quando guardarem relação direta com uma decisão em matéria de emprego e se cumprirem as disposições da legislação nacional.⁷⁵³

O Repertório dispõe, ainda, que os dados pessoais não poderão ser conhecidos por terceiros sem anuência do empregado, a menos que seja necessário para prevenir riscos à saúde ou à vida das pessoas, conforme exigência da lei ou cumprimento de disposições

⁷⁵⁰ *Idem, ibidem.*

⁷⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁷⁵² BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do trabalhador. *Op. cit.*, p. 24.

⁷⁵³ *Idem, ibidem.*

penais; os empregadores deverão garantir a proteção de dados pessoais, contra a sua perda e contra todo acesso, utilização, modificação ou comunicação não autorizados; os representantes dos trabalhadores deverão ser informados ou consultados sobre a instalação de sistemas automatizados de vigilância eletrônica.⁷⁵⁴

Uma parte da doutrina⁷⁵⁵ acredita que, diante do quadro de conflito doutrinário e jurisprudencial sobre a problemática exposta, algumas medidas operacionais devem ser adotadas caso o empregador deseje monitorar o correio eletrônico de seus empregados, para que não se produzam resultados inconstitucionais nem lesivos aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

A empresa, em homenagem à boa-fé contratual, deve proceder ao desenvolvimento de uma política de uso de *e-mail* e de navegação pela *internet* no ambiente de trabalho que terá natureza de regulamento interno, devendo ser registrada em cartório de títulos e documentos, para que seja dotada de publicidade. Tal política deverá conter regras minuciosas e expressas, estabelecidas dentro dos limites da razoabilidade e legalidade, sempre respeitando a dignidade da pessoa humana.

Esse regulamento deve ser de fácil acesso aos empregados, pois a sua finalidade é exatamente o estabelecimento de normas disciplinares a respeito da organização do trabalho da empresa. Assim, poder-se-ia facilitar a tipificação da ocorrência de insubordinação dos empregados por descumprimento das ordens de serviço.⁷⁵⁶

Nesses casos, outrossim, seria oportuno e conveniente que as empresas adotassem uma política de transparência quando da admissão de um empregado, avisando-o de que suas mensagens poderiam ser rastreadas através do *e-mail* corporativo.

Faz-se necessário que o empregado que terá seu *e-mail*, ainda que corporativo, vasculhado, seja comunicado previamente dessa possibilidade⁷⁵⁷, sendo imprescindível a presença de um representante sindical para tutelar os direitos do empregado e assegurar a

⁷⁵⁴ *Idem*, p. 25.

⁷⁵⁵ Nesse sentido estão PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.*, p. 1692; AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 59-88; GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 21 jul. 2008; CALVO, Adriana Carrera. *Op. cit.*, p. 9-10; entre outros.

⁷⁵⁶ SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4292>>. Acesso em: 10 maio 2008.

⁷⁵⁷ Segundo Ernesto Lipmann, os telefonemas e as correspondências, inclusive eletrônicas, podem ser monitoradas pelo empregador, desde que haja uma cláusula prevendo tal possibilidade em contrato de trabalho, e que sejam em áreas onde o controle é lícito, visando a proteção inclusive do empregado, como em bancos e serviços de *telemarketing*. Mas, como regra geral, a “cláusula da invasão de privacidade” não pode ser tolerada, em face da proteção à intimidade e das comunicações. Até mesmo porque é inadmissível que, no ato da admissão, no qual o candidato se encontra vulnerável, se exija a assinatura de um termo que atenta contra um valor constitucionalmente tutelado. Cf. LIPMANN, Ernesto. *Op. cit.*, p. 484-485.

transparência no procedimento, exigindo-se nexos causal e proporcionalidade entre a prática abusiva e a sanção aplicável.⁷⁵⁸

Aieta sugere, também, que o empregador obtenha a anuência expressa, através de assinatura de todos os empregados, da política de utilização dos meios eletrônicos no ambiente do trabalho e que seja realizada uma ampla campanha de divulgação dessas normas. Também é importante a participação da entidade de classe na elaboração destas políticas.⁷⁵⁹

O controle empresarial deve respeitar certos limites, como as determinações estabelecidas no contrato individual de trabalho e nas negociações coletivas, pois o poder diretivo deve ser orientado pelo interesse de toda a empresa.

O empregador, ademais, pode adotar programas que venham a impedir o envio de mensagens para destinatários não cadastrados, ou que permitam rastrear, de maneira impessoal, palavras ofensivas nas mensagens, desde que disso o empregado seja previamente comunicado, além de impedir o encaminhamento de imagens não relacionadas com o trabalho, proibindo, por meio da adoção de código de conduta, o envio de imagens ou arquivos anexados ao *e-mail*. Existem, portanto, instrumentos tecnológicos menos invasivos que podem evitar danos aos agentes externos, sem necessidade de desrespeito à garantia fundamental da intimidade dos empregados.⁷⁶⁰

No que se refere à “navegação” pela *internet*, a adoção dos chamados “bloqueadores de acesso”, tal como por meio do sistema de segurança *Firewall*, é uma medida que se mostra bastante útil e elimina, inclusive, a necessidade de um posterior rastreamento dos *sites* visitados pelos empregados. Essa predefinição dos *sites* permitidos faz com que a atuação do empregador passe a ser preventiva, e não investigativa, o que é ainda melhor para o trabalhador.⁷⁶¹

De toda sorte, mesmo que a empresa não tenha esses sistemas de segurança especiais, não estará impedida de investigar os arquivos de registro (*logs* de uso de cada empregado) dos navegadores, como, por exemplo, os conhecidos *Internet Explorer* e *Netscape Navigator*. Com isso, a empresa pode verificar os *sites* acessados e o tempo levado em cada consulta. Mas, também nessa hipótese, o empregado deve ter ciência da existência de qualquer tipo de controle, inclusive os feitos por *software*.

⁷⁵⁸ AIETA, Vânia Siciliano. *Op. cit.*, p. 88.

⁷⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁶⁰ SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4292>>. Acesso em: 10 maio 2008.

⁷⁶¹ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 11.

Neste capítulo foram apresentados os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência acerca da utilização do polígrafo, do detector de metais, das câmeras de vídeo, dos telefones fixos e celulares e da *internet* e do *e-mail* no ambiente de trabalho, com a conseqüente análise dos direitos fundamentais envolvidos nos casos descritos, quais sejam, os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador.

No próximo capítulo, será realizado um estudo de como o marco teórico adotado nessa dissertação – que decorre da combinação da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas com a teoria da ponderação de interesses – poderá contribuir para a solução das hipóteses de colisão entre as normas principiológicas da privacidade e da intimidade do empregado e da propriedade, da livre iniciativa e da liberdade contratual do empregador, em face da utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho.

8 O TEMA SOB O PRISMA DO MARCO TEÓRICO ADOTADO

8.1 A eficácia direta e imediata dos direitos à intimidade e à privacidade do empregado e do direito de propriedade do empregador na relação de emprego

Estudados os direitos à intimidade e à privacidade e o direito de propriedade, que são direitos fundamentais individuais, cumpre, nesse momento, analisar de que forma esses direitos devem incidir e operar na relação empregatícia.

A relação de emprego, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores ou elementos reunidos em um dado contexto social ou interpessoal.

Consoante o douto magistério de Maurício Godinho Delgado⁷⁶², os elementos componentes da relação de emprego devem ocorrer de forma concomitante, sob pena de se descaracterizá-la, e são os seguintes: prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; também efetuada com não-eventualidade; efetuada, ainda, sob subordinação ao tomador dos serviços; prestação de trabalho efetuada com onerosidade. Esses elementos estão contidos em dois preceitos combinados da CLT: o *caput* dos arts. 2º e 3º.

Os direitos à intimidade e à privacidade são, ao mesmo tempo, direitos da personalidade e direitos fundamentais relativos à liberdade de não intromissão e de autonomia, estando previstos expressamente no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. É importante lembrar que esses direitos apresentam algumas especificações concretas, como já foi dito no capítulo 3, como a inviolabilidade de correspondência e dos meios de comunicações telefônica e dados que, indubitavelmente, terão grande relevância na discussão a respeito da possibilidade de monitoramento pelo empregador das chamadas telefônicas e dos *e-mails* do empregado no ambiente de trabalho.

Como direitos da personalidade, representam uma forma de proteção da pessoa humana, pois visam a tutela do conjunto de caracteres e atributos próprios do ser humano que se denomina personalidade. São direitos básicos, gerais, pertencentes a todas as pessoas em razão do seu nascimento com vida, extrapatrimoniais (embora sua violação possa originar direito à reparação pecuniária) e absolutos, já que oponíveis *erga omnes*. São intransmissíveis

⁷⁶² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. cit.*, p. 287-305.

inter vivos ou *causa mortis*, embora gozem de proteção mesmo depois da morte do titular; inalienáveis, já que são insuscetíveis de alienação; indisponíveis, pois não podem mudar de sujeito pela vontade do titular; irrenunciáveis; imprescritíveis, porque não se extinguem pelo não-uso ou pela inércia na sua defesa; impenhoráveis e absolutos.⁷⁶³

Os direitos da personalidade costumam ser concebidos como direito subjetivo à abstenção de comportamentos que atinjam os bens jurídicos componentes da personalidade humana, oponíveis *erga omnes* e que, quando violados, ensejam a reparação do dano moral e material causado.⁷⁶⁴

Sem embargo, para Daniel Sarmiento, a tutela da personalidade pressupõe muitas vezes deveres comissivos imputados aos agentes privados, pois o constituinte brasileiro quis instaurar uma sociedade solidária em que, além do dever geral de não violação da personalidade humana, é necessário que também sejam impostas obrigações positivas, ligadas à promoção e realização dos valores da personalidade.⁷⁶⁵

Realmente, os direitos à intimidade e à privacidade conferem a cada indivíduo a prerrogativa de obstar a intromissão de estranhos na sua vida íntima e privada⁷⁶⁶, como também de impedir o acesso, o uso e a divulgação de informações privadas, sobretudo diante das inovações tecnológicas. São eles direitos que visam resguardar a liberdade do ser humano e, por isso, se constituem em uma projeção e uma exigência da dignidade da pessoa humana, princípio e valor esculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. A tutela dos direitos à intimidade e à privacidade se dirige tanto ao Estado, que deve não somente preservar os direitos fundamentais, entre eles os direitos à intimidade e à privacidade, como também criar condições que possibilitem o seu pleno exercício e fruição, quanto aos particulares, em suas relações privadas.

Embora haja divergência na doutrina acerca da diferença ou similitude entre os direitos à intimidade e à privacidade, essa dissertação se filia à corrente que entende que a lei não apresenta palavras inúteis e que, portanto, o legislador constituinte teve o intuito de consagrar dois direitos fundamentais cujos âmbitos de proteção são distintos, sendo o do segundo mais amplo que o do primeiro.

Assim, o direito à intimidade teria o intuito de proteger o indivíduo em si mesmo contra a ingerência dos sentidos dos outros, principalmente dos olhos e dos ouvidos de terceiro, dirigindo-se contra intromissões ilegítimas, assim como resguardar e controlar as

⁷⁶³ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.246-248

⁷⁶⁴ *Idem*, p. 246

⁷⁶⁵ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 100-101.

⁷⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 273.

informações pessoais. Seu conceito é mais restrito do que o direito à privacidade, que comporta a vida do indivíduo em suas nuances familiar e de convívio social, no lar e no trabalho.

A *privacidade* corresponderia ao âmbito dos fatos, notícias e manifestações do comportamento que o indivíduo deseja que não se tornem de domínio público, enquanto a *intimidade* equivaleria à esfera em que a pessoa, além de não desejar a publicidade das informações e acontecimentos, quer que esses fiquem restritos às pessoas que gozam de sua confiança.

Bruno Lewicki⁷⁶⁷, valendo-se dos ensinamentos de Paulo José da Costa Júnior, explica que:

[...] dentro da esfera privada (*lato sensu*), o primeiro círculo concêntrico seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu*, onde estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja que não se tornem de domínio público. Nem todos aqueles que convivem com o indivíduo neste âmbito terão o acesso franqueado ao segundo círculo, que abrange a esfera da intimidade – dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita sua confiança e com as quais mantém certa familiaridade.

De qualquer maneira, acredita-se que, independentemente dessa distinção, toda e qualquer ameaça à privacidade e à intimidade do homem deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário, pois é necessário proteger integralmente a pessoa humana. Obviamente, no caso concreto, dever-se-á analisar qual o âmbito da personalidade do indivíduo está sob objeto de proteção e, em caso de violação, qual deverá ser a sanção aplicada, levando-se em conta que, quanto mais íntimo for o interesse protegido, mais pesada deve ser a sanção.

Segundo Carlos Alberto Bittar, esses direitos vêm assumindo, paulatinamente, maior relevo com a contínua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o à exposição permanente perante públicos os mais distintos, em seus diferentes trajetos, sociais, negociais ou de lazer.⁷⁶⁸

Bittar ensina que as violações à intimidade e à privacidade podem se dar das mais diversas formas, como:

na investigação abusiva da vida alheia, ou na divulgação indevida de informação sobre sua privacidade, através de formas e meios os mais díspares possíveis (sistemas de televisão, por satélite e outros), como, dentre outros, a revelação de

⁷⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Op. cit.*, p. 31-32 *apud* LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 35.

⁷⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.* p.273.

hábitos privados designativos do status pessoal, [...] os usos íntimos, a escolha de adereços, os costumes do lar ou do escritório, com, ou sem, fotografia do proprietário, na divulgação de produto [...], a par de outras situações.⁷⁶⁹

É importante ressaltar que existem limitações aos direitos à intimidade e à privacidade, em razão de interesses coletivos e estatais, tais como exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística, judicial e policial, de ordem tributária ou econômica, de saúde pública e de caráter médico-profissional, bem como de direitos fundamentais individuais de outros seres humanos. Entretanto, somente em cada caso concreto é que se poderá analisar se o interesse coletivo ou de outro particular deve predominar sobre o direito do indivíduo, a fim de não se sacrificar indevidamente os direitos personalíssimos desse ser humano.

Os empregados, enquanto seres humanos que são, têm, sem sombra de dúvida, direitos à intimidade e à privacidade, no âmbito de sua vida pessoal. Na verdade, a questão a ser examinada é se esses direitos podem ser exercidos também no âmbito da relação de emprego e em que medida, ou seja, se tais direitos fundamentais incidem direta e imediatamente na relação privada de emprego.

O outro sujeito da relação empregatícia, ou seja, o empregador, exerce o seu poder diretivo com os objetivos de racionalizar o processo produtivo, através da eliminação de tempos ociosos, controlar a qualidade e a quantidade de trabalho realizado e evitar a degradação e o furto dos meios de produção e dos bens produzidos.

O poder diretivo do empregador tem como fundamento jurídico o contrato de trabalho celebrado com o empregado e sua principal base legal infranconstitucional é o art. 2º, *caput*, da CLT que, ao definir, empregador, o concebe como a empresa que admite, assalaria e dirige a prestação de serviços dos empregados. O poder diretivo é uma das dimensões do poder empregatício, que se trata do conjunto de prerrogativas asseguradas ao empregador concernentes à direção, regulamentação e disciplina da organização empresarial e da prestação de serviços dos empregados.

O poder diretivo do empregador, nas várias dimensões em que se manifesta, deve ser exercido observando limites, tais como os direitos do empregado previstos na Constituição, na legislação trabalhista e previdenciária, nas normas coletivas e no próprio contrato individual, além dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da

⁷⁶⁹ *Idem*, p. 275.

liberdade e dos direitos fundamentais individuais do trabalhador, tais como o direito à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra.

O poder diretivo é consequência imediata do ajuste contratual entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a direção do trabalho, inclusive através da regulamentação da utilização dos recursos da empresa no ambiente de trabalho e da fiscalização e controle dos trabalhadores no exercício laboral. O contrato de trabalho estipulado por vontade e liberdade das partes, portanto, é que faz surgir, para o empregador, o poder de dirigir o processo produtivo e, para o empregado, a subordinação aos comandos do empregador quanto ao modo de prestar uma determinada atividade.

Na verdade, embora o fundamento do poder diretivo não esteja na propriedade da empresa e dos meios de produção, sendo essa corrente considerada ultrapassada pela maior parte da doutrina⁷⁷⁰, mas, sim, no contrato de trabalho, um dos objetivos do empregador, ao exercer esse poder, é a proteção do patrimônio empresarial, seja do imóvel onde são realizadas as atividades laborais e dos bens móveis que o guarnecem, seja dos bens produzidos e dos seus bens de propriedade intelectual, como *softwares*, processos e tecnologias desenvolvidas pela empresa. Um outro argumento a ser utilizado pelo empregador para o exercício do poder, no ambiente de trabalho, é a própria sobrevivência da empresa, já que, diante da concorrência acirrada, o empregador deve zelar por sua imagem, pela produtividade e pelo corte dos tempos ociosos para sobreviver no mercado empresarial.

Dessa forma, constata-se que o direito de propriedade, cuja previsão normativa constitucional se encontra no art. 5º, inciso XXII, da CF/88, é uma das finalidades do exercício do poder empregatício para o resguardo do patrimônio empresarial. Após a promulgação da Constituição de 1988, contudo, o direito fundamental de propriedade, seja de que tipo de bens for, deve atender a uma função social (art. 5º, XXIII), não mais sendo cabível, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o exercício do direito subjetivo de

⁷⁷⁰ Entre os que ainda defendem que o poder diretivo encontra seu principal fundamento no direito de propriedade dos bens empresariais estão, como já ressaltado no capítulo 4: MORAES FILHO, Evaristo de. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 397 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. *Op. cit.*, p. 165-166 e RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, p. 88-89 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. *Op. cit.*, p. 166. Por outro lado, fazendo parte da parcela doutrinária majoritária que critica essa posição estão: DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. *Op. cit.*, p. 167; SANSEVERINO, Luisa Riva. *Corso di Diritto del Lavoro*. Padova: Cedam, 1941, p. 276 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo*. *Op. cit.*, p. 566; e REIS, Nélio. *Alteração do Contrato de Trabalho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [19--], p. 47 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo*. *Op. cit.*, p. 565-566.

propriedade que não seja dirigido ao bem-estar coletivo, à realização de interesses e funções socialmente úteis.

Assim, quando o empregador exerce o poder diretivo, com o fito de proteger a propriedade de seus bens, não se pode olvidar que esse exercício de poder deve ser voltado ao benefício da coletividade.

Ademais, a propriedade, em virtude do art. 170, incisos II e III, da Constituição Federal, está condicionada ao valor social do trabalho e à livre iniciativa, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Dessa forma, os interesses e necessidades da coletividade devem sobrepor-se aos individuais no exercício da propriedade, buscando atender sua função social e dando um destino útil ao bem da propriedade, atendendo-se, assim, à justiça social.⁷⁷¹

O poder diretivo, que tem assim como origem o contrato de trabalho, apresenta como seus fundamentos constitucionais a livre iniciativa, expressa nos seus art. 1º, inciso IV e 170, *caput*, e a liberdade contratual, baseada no princípio da autonomia privada.

O poder empregatício é uma das dimensões da livre iniciativa, já que atribui ao empregador, por meio do contrato, as prerrogativas de dirigir, organizar e fiscalizar o processo produtivo e o trabalho dos empregados.

A livre iniciativa visa assegurar à empresa a liberdade na organização do empreendimento, do modo de produção e do trabalho, com vistas à produção, circulação e distribuição de riquezas, ou seja, garante ao empresário a liberdade de definir o que, como, onde e quando produzir, dentro de certos limites constitucionais e legais conformadores, como o valor social do trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios norteadores da ordem econômica, entre eles a função social da propriedade.

Para Eros Roberto Grau, a dignidade humana não é apenas o fundamento da República, mas também o fim para o qual se deve voltar a ordem econômica. De acordo com o disposto no art. 170, *caput*, da CF/88, a dignidade humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada. Esse princípio influencia todo o exercício da atividade econômica, sujeitando seus agentes econômicos, sobretudo as empresas, a se pautarem dentro dos limites impostos pelos direitos humanos.⁷⁷²

Além disso, a ordem econômica também está condicionada à valorização do trabalho humano e ao reconhecimento do valor social do trabalho, isto é, a Constituição dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado.

⁷⁷¹ CARNEIRO, Joana Zago. *Op. cit.*, p. 93.

⁷⁷² GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 221

Por seu turno, a liberdade contratual se consubstancia na liberdade, de ambas as partes, de decidir celebrar o ajuste, celebrar o contrato, de escolher o outro contratante e de determinar o conteúdo do contrato, inclusive através da outorga, a um dos contratantes, do poder empregatício, por meio da organização, fiscalização, direção e disciplina do trabalho e do modo de produção.

Não obstante, no contrato de trabalho a vontade das partes é limitada e mitigada em virtude da incidência de normas de ordem pública, de índole constitucional ou infraconstitucional, com vistas a reduzir o desequilíbrio entre as partes, fenômeno conhecido como dirigismo contratual.

Realmente, a relação jurídica de emprego é uma relação privada em que existem dois sujeitos em situações desiguais: o empregador, que é a parte mais forte economicamente e, por definição, dirige a prestação pessoal dos serviços dos trabalhadores, e o empregado, que necessita alienar seu poder de dispor de sua própria força de trabalho para receber o salário como contraprestação. Dessa forma, devido à desigualdade entre as partes contratantes, a autonomia da vontade da parte mais fraca muitas vezes é mero pretexto para legitimação de imposições ditadas pela parte mais forte, tal como também acontece no Direito do Consumidor.

Em verdade, o empregador, sobretudo quando se constitui em empresa, representa um dos pólos de poder da sociedade enquanto força social e econômica, posto que há muito o poder não se encontra adstrito ao Estado. Dessa forma, a liberdade dos indivíduos necessita de proteção não somente contra os poderes públicos, mas também contra os particulares mais fortes.

Com o intuito de amenizar os efeitos do desequilíbrio entre as partes contratuais, a Constituição de 1988 apresenta em diversos artigos a decisão do legislador de garantir os direitos dos hipossuficientes, tais como os empregados na relação de emprego e o consumidor na relação de consumo, de forma a propiciar e assegurar o exercício da democracia nas relações privadas entre desiguais.

Nesse contexto, a relação de trabalho está sujeita a inúmeras normas de ordem pública, normas cogentes que vinculam as partes contratuais, independentemente de sua vontade, tais como as normas de saúde e segurança do trabalho, o salário mínimo para o trabalho em regime de 44 horas semanais, a irredutibilidade salarial, salvo negociação coletiva, entre outros direitos fundamentais sociais previstos nos arts. 6º a 9º da CF/88 e na CLT. O Direito do Trabalho se utiliza, também, de mecanismos e técnicas de julgamento de forma a

equilibrar juridicamente a relação entre essas partes, tais como a presunção a favor do hipossuficiente ou a inversão do ônus da prova em desfavor do empregador, por exemplo.⁷⁷³

É importante lembrar que, embora existam mecanismos para tentar diminuir o desequilíbrio entre empregado e empregador como partes do contrato de trabalho, na realidade a relação de emprego nada mais é do que uma relação privada material e economicamente assimétrica em que incidem normas de ordem pública equalizadoras, justamente pelo fato de seus sujeitos encontrarem-se em uma relação de desigualdade jurídica.

Nesse tipo de relação jurídica em que há uma desigualdade substancial entre as partes, é necessário que a eficácia direta e imediata dos direitos individuais fundamentais seja mais intensa, posto que uma das partes tem a sua autonomia privada mitigada e, para fazer valer sua vontade, deverá poder exercer os seus direitos fundamentais em face do outro contratante que, por conseguinte, terá sua autonomia privada menos preservada. Esse entendimento encontra seu fundamento constitucional, inclusive, no art. 3º, incisos I e III, da Norma Fundamental, que dispõe que, entre os objetivos da República Federativa do Brasil, está a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade justa e solidária.

O art. 1º da Carta de Maringá, publicada no III Congresso Internacional de Direito Eletrônico, realizado em Maringá-PR entre os dias 20 e 22 de outubro de 2008, ressalta não só a desigualdade jurídica, mas também a econômica, que torna o empregado mais vulnerável à violação de seus direitos fundamentais: “A dependência econômica torna o empregado mais vulnerável que o cidadão comum às violações de direitos fundamentais, especialmente aqueles atinentes à dignidade, privacidade e intimidade, razão pela qual devem ser aprimorados os institutos de tutela desses direitos, tanto nos ambientes virtuais da empresa, como naqueles monitorados pelas novas tecnologias de informação, comunicação e vigilância”.⁷⁷⁴

Na Carta de Caxambu, proferida ao final do I Congresso Mineiro sobre a Justiça Digital e o Direito do Trabalho realizado em Caxambu entre os dias 21 e 23 de agosto de 2008, é sublinhada, no art. 1º, a importância do Direito do Trabalho para a função de reequilibrar a relação jurídica de trabalho, normalmente assimétrica: “O Direito do Trabalho

⁷⁷³ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.* p. 262-264.

⁷⁷⁴ CARTA de Maringá, publicada ao final do III Congresso Nacional de Direito Eletrônico, realizado entre os dias 20 e 22 de outubro de 2008, na cidade de Maringá. Disponível em: <<http://blog.ibde.org.br/2008/10/25/iii-congresso-termina-com-a-redacao-da-carta-de-maringa/>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

continua a desempenhar uma função institucional frente às novas tecnologias, para reequilibrar juridicamente as assimetrias entre os sujeitos da relação de emprego.”⁷⁷⁵

Os empregados obviamente são seres humanos, tanto no âmbito de sua vida pessoal, como também de sua vida profissional. Não há como imaginar que em suas relações com o Estado, com sua família e amigos e com seu cônjuge, o trabalhador tenha direito a exercer os seus direitos da personalidade e no âmbito específico da relação de emprego esses direitos simplesmente não existam. O empregado não deixa de ter personalidade somente pelo fato de estar trabalhando, isto é, de estar passando grande parte de seu dia em um ambiente em que presta o seu labor em troca de uma contraprestação pecuniária.

Sem dúvida, o empregado, ainda que no ambiente de trabalho, possui direito à intimidade e à privacidade, que devem ser preservadas em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, em decorrência da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, corrente defendida no Brasil por Sarlet⁷⁷⁶, Sarmiento⁷⁷⁷ e Barroso⁷⁷⁸.

Dessa forma, os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, como direitos fundamentais individuais, possuem eficácia direta e imediata na relação de emprego.

A relação de emprego, como já realçado, é uma relação jurídica que apresenta um desequilíbrio material entre as partes contratantes. Não obstante, essa desigualdade poderá variar de caso para caso, o que não significa que os direitos à intimidade e à privacidade deixarão de incidir direta e imediatamente na relação de emprego se o desequilíbrio entre empregado e empregador for menor.

Nessa situação, o que deverá ser observado é se a dignidade do empregado, enquanto ser humano, está sendo lesada em face de uma ingerência indevida do empregador na esfera da intimidade do empregado. Isso porque, mesmo quando o empregado está num patamar de igualdade mais próximo do empregador, não pode usar de sua própria liberdade contratual e de sua autonomia da vontade para violar ou aceitar a violação de sua própria dignidade.

Em acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), foi decidido que: “A inserção de empregado no seu âmbito de

⁷⁷⁵ CARTA de Caxambu, publicada ao final do I Congresso Mineiro sobre a Justiça Digital e Direito do Trabalho, realizado em Caxambu entre dos dias 21 e 23 de agosto de 2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1941&p_cod_area_noticia=ACS>. Acesso em: 19 jan. 2009.

⁷⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. *Op. cit.*, 2006.

⁷⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, 2007.

⁷⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. *Op. cit.* 2003.

trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie.”⁷⁷⁹

Alessandra Loyola Mistrongue e Felipe de Oliveira Kersten afirmam que os direitos que se reconhecem ao trabalhador – direitos fundamentais como o direito à intimidade e à vida privada – são preexistentes ao estabelecimento do vínculo empregatício contratual e nele se projetam, tendo como pressuposto o direito à liberdade.⁷⁸⁰

De acordo com esses autores:

O fato do Direito do Trabalho em si não fazer alusão à proteção da intimidade e da vida privada, seja em legislação esparsa ou na própria Consolidação das Leis do Trabalho, não lhes tiram sua aplicabilidade nas relações de trabalho, pois como direitos da personalidade (espécie de direito fundamental) estão resguardados constitucionalmente, são oponíveis erga omnes, indisponíveis e irrenunciáveis [...]. E como tais direitos dizem respeito ao ser humano, estendem-se ao trabalhador/empregado.⁷⁸¹

João de Lima Teixeira Filho assim se pronunciou sobre a questão da incidência do direito à intimidade no âmbito da relação de emprego:

Pode-se dizer que a intimidade é tudo quanto se passa entre quatro paredes, reservadamente para a própria pessoa, e compreende tanto o ambiente domiciliar quanto o local de trabalho. O ato patronal que invade esses recantos e propaga fatos ou ações antes de domínio restrito, sem o consentimento do trabalhador, ou mesmo versão distorcida do ocorrido, constitui em princípio, lesão configuradora de dano moral.⁷⁸²

O art. 5º da Carta de Caxambu, publicada no dia 23 de agosto, corrobora esse entendimento: “O trabalhador não perde sua condição de cidadão ao ingressar no ambiente de trabalho, não podendo renunciar à dignidade frente às novas tecnologias”.⁷⁸³

Assim como a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, X, além de considerar invioláveis a intimidade e a vida privada, assegura o direito à indenização pelos danos materiais e/ou morais decorrentes de sua violação, caso esses direitos sejam ameaçados ou

⁷⁷⁹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 313-1997, 2ª Turma, Desembargadora Relatora Alice Monteiro de Barros. Publicação da decisão no DJMG em 5 jul. 1997.

⁷⁸⁰ MISTRONGUE, Alessandra Loyola; Kersten, Felipe de Oliveira. *Op. cit.*, p. 316.

⁷⁸¹ *Idem, ibidem.*

⁷⁸² TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. Revista LTr. São Paulo, v. 60, n. 9, set. 1996, p. 1169.

⁷⁸³ CARTA de Caxambu, publicada ao final do I Congresso Mineiro sobre a Justiça Digital e Direito do Trabalho, realizado em Caxambu entre os dias 21 e 23 de agosto de 2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1941&p_cod_area_noticia=ACS>. Acesso em: 19 jan. 2009.

efetivamente lesados pelo empregador, no âmbito da relação de trabalho, poderá ser pleiteada na Justiça do Trabalho, que é a competente para processar e julgar as ações de danos decorrentes de relações de trabalho, a tutela ressarcitória dos danos morais e materiais gerados ao titular do direito, bem como sua tutela preventiva para impedir as lesões antes da sua ocorrência, conforme disposto no art. 12 do Código Civil Brasileiro de 2002.⁷⁸⁴

Por outro lado, não se pode ignorar que, em virtude do poder diretivo (cujo fundamento jurídico é o próprio contrato de trabalho), o empregador visa, entre outras finalidades, proteger o patrimônio empresarial. Por isso, ao exercer o poder diretivo na relação de emprego, o direito de propriedade sobre os meios de produção e os bens produzidos estará incidindo de forma direta e imediata no âmbito dessa relação privada.

Sandra Lia Simón explica a abrangência do direito de propriedade do empregador, que é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição:

[...] todos os meios de produção pertencentes ao empregador e que se materializam na empresa, no estabelecimento, nos bens que compõem esse estabelecimento, no imóvel onde se localiza o estabelecimento (tais como maquinário, mobiliário), no modo de produção, nas invenções, nas estratégias de atuação no mercado, no produto, etc., integram o objeto do seu direito de propriedade, sendo passíveis de proteção constitucional.⁷⁸⁵

Observa-se que os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador são normas constitucionais que têm como destinatários diretos não só os órgãos estatais, como também os próprios particulares. Esses direitos têm força normativa e não carecem de mediação legislativa para serem aplicados nas relações privadas. Aliás, no caso dos direitos à intimidade e à privacidade não existe mediação legislativa prevista no ordenamento jurídico e, em se tratando do direito de propriedade, se se considerar como mediação legislativa a situada preponderantemente no Código Civil de 2002, ainda assim constata-se que ela não impede que esse direito incida diretamente na relação de emprego, pois representa uma das finalidades do exercício do poder diretivo do empregador.

Alice Monteiro de Barros esclarece que

embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos direitos da personalidade, consagradas na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do

⁷⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 98.

⁷⁸⁵ SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 116-117.

estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.⁷⁸⁶

A autora, entretanto, explica que a mesma Constituição assegura o direito de propriedade, o que faz com que no ambiente de trabalho o direito à intimidade do trabalhador sofra limitações, as quais, entretanto, não poderão ferir a dignidade da pessoa humana. O fato do empregado encontrar-se subordinado ao empregador, ou deste último deter o poder diretivo, não poderá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local do trabalho, sob pena de criar-se um estado de sujeição ilimitado do empregado.⁷⁸⁷

Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá, nessa mesma esteira, advertem que o poder diretivo não é absoluto, encontrando limitação na dignidade da pessoa humana do trabalhador e no respeito à sua intimidade e vida privada. O estado de subordinação jurídica presente na relação de emprego não retira do empregado a garantia de seus direitos fundamentais, que nunca se dissociam do indivíduo, acompanhando-o em todas as relações.⁷⁸⁸

Consoante Márcio Túlio Viana, existem limitações ao poder diretivo do empregador, de ordem temporal e espacial, pois ele, regra geral, deverá ser exercido apenas durante o contrato de trabalho e no local de prestação de serviços do trabalhador. Segundo o autor, há, outrossim, limitações de ordem teleológica, pois o poder de comando tem um objetivo a alcançar, de maneira que o empregador só pode dar ordens aos empregados que estejam em consonância com esse objetivo.⁷⁸⁹

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que os direitos à intimidade e à privacidade do empregado limitam o exercício do direito de propriedade do empregador, esse direito também limita o exercício daqueles direitos do empregado. A questão é saber como esses limites serão estabelecidos, pois existem situações em que esses direitos fundamentais fatalmente entrarão em colisão já que, como visto nesse tópico, todos eles incidem de forma direta e imediata no âmbito da relação de emprego. Para solucionar esses conflitos entre as normas jusfundamentais de maneira a harmonizá-las, será necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade e, mais especificamente, à técnica da ponderação de interesses, última etapa do processo que visa balancear princípios constitucionais que se encontram em colisão.

A medida da eficácia direta e imediata dos direitos à intimidade e à privacidade do empregado no ambiente de trabalho, como limites ao exercício do poder diretivo do

⁷⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro. Proteção à intimidade do empregado. *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁸⁷ *Idem*, p. 33.

⁷⁸⁸ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 10.

⁷⁸⁹ VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência. *Op. cit.*, p.139-149.

empregador, é tema que não se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, ensejando inúmeras controvérsias. Como foi observado no capítulo anterior, um dos pontos que suscita maiores divergências sobre a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador é a utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho, como forma de controle e fiscalização dos processos produtivos e também como mecanismo de fomento à atividade empresarial.

A tecnologia, com a difusão de aparatos cada vez mais sofisticados de fixação e difusão de sons, escritos e imagens, tais como as câmeras de vídeo, celulares, detectores de metais e de mentiras e os computadores, com suas ferramentas de internet e correio eletrônico, contribui para um estreitamento crescente do círculo privado e íntimo dos direitos do empregado. Tal prática vem gerando abusos por parte das empresas e discussões sobre até que ponto o poder diretivo pode ser exercido para proteger os meios de produção, os produtos e a reputação empresarial sem incorrer na violação à esfera íntima e privada do trabalhador.

Entretanto, com base na teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego e com fulcro na utilização da ponderação como mecanismo de solução dos conflitos entre as normas jusfundamentais da intimidade e da privacidade e do poder diretivo do empregador, será possível sistematizar a matéria sob um novo enfoque: a colisão entre normas principiológicas de direitos fundamentais.

Afinal, o contrato de trabalho não pode ser instrumento legitimador de violações ao exercício dos direitos fundamentais individuais, entre os quais se incluem os direitos à intimidade e privacidade, constitucionalmente assegurados ao empregado como ser humano. Assim, ainda que no ambiente de trabalho essa condição não poderá ser aviltada, admitindo-se apenas limitações razoáveis ao exercício desses direitos, desde que justificadas pela ponderação de tais interesses com outros direitos fundamentais em conflito.

8.2 A ponderação de interesses entre as normas principiológicas da intimidade e da privacidade do empregado e as da propriedade, livre iniciativa e liberdade contratual do empregador

Nos dias de hoje, as avançadas tecnologias permitem um controle muito amplo sobre os empregados e, em algumas ocasiões, desmedido. Com efeito, a instalação de câmeras de vídeo, a utilização de detectores de metais e de mentiras, o monitoramento de ligações

telefônicas, de *e-mails* enviados e recebidos e dos *sites* visitados na *internet*, dentre outras medidas, têm tornado o poder de fiscalização e de controle dos trabalhadores muito mais intenso do que a fiscalização pessoal feita pelo empregador ou por seus fiscais.

O poder empregatício é uma ferramenta para a preservação dos direitos do empregador à propriedade (defesa do patrimônio), ao desenvolvimento de sua atividade econômica, ao recebimento da prestação ajustada contratualmente com o empregado e à manutenção da disciplina em sua empresa.

Por outro lado, os empregados têm direitos fundamentais de personalidade a serem preservados, ainda que no ambiente de trabalho, pois não perdem a condição de seres humanos porque passam a trabalhar.

Como visto, o poder de direção da empresa e os direitos de personalidade dos empregados envolvem prerrogativas que necessariamente se colidem. Ambos são legítimos e devem ser exercidos, sendo necessário, no entanto, buscar o ponto de equilíbrio nas situações críticas para evitar abusos com relação aos empregados e preservar o legítimo exercício daquelas prerrogativas do empregador.

Juliana Bracks e Carolina Tupinambá, citando o grande constitucionalista português Joaquim Gomes Canotilho, explicam que um conflito entre princípios surge “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular”.⁷⁹⁰

Em relação à colisão entre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, em virtude da utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho, não é fácil determinar, prévia e abstratamente, qual das normas principiológicas em conflito deverá preponderar. Existem situações que podem ser consideradas verdadeiros *hard cases*, pois não existe nenhuma regra que solucione o caso, mas, sim, mais de um princípio aplicável, daí se verificando a colisão de normas principiológicas. Ademais, essas normas possuem caráter aberto, indicando valores a serem preservados e fins a serem alcançados e, por isso, requerem uma atividade mais intensa do intérprete, já que a ele caberá definir a solução mais justa naquele caso concreto, com base naqueles valores.

Entretanto, tendo em vista as posições assumidas pela doutrina e pela jurisprudência, no capítulo anterior, em relação aos casos de colisão dos interesses dos empregados e empregadores em tela, percebe-se que muitas são as situações que apresentam os mesmos

⁷⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional *apud* DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.*, p. 10.

aspectos fáticos e jurídicos, podendo ser tratadas da mesma maneira. Dessa forma, pretende-se, a partir de agora, apresentar uma sistematização dos casos analisados, a partir da utilização da técnica da ponderação de interesses, que permita reduzir a margem de subjetividade dos operadores do direito, na apreciação de situações análogas às já estudadas.

Como explicado por Barcellos e Barroso, para que a argumentação jurídica desenvolvida em uma ponderação seja racional, além de apresentar fundamentos jurídicos que lhe apóiem e lhe dêem sustentação, é recomendável que seja possível a universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo da isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio – verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto – projeta a argumentação desenvolvida para este caso em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.⁷⁹¹

Ao lado dos princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa, os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e de propriedade são normas com estrutura de princípios, ou seja, mandados de otimização que ordenam que os valores por eles pregados sejam realizados na maior medida possível dentro dos limites jurídicos e fáticos existentes. Essas normas, quando em colisão, exigem a ponderação dos pesos relativos, segundo as circunstâncias do caso concreto.

Nas situações concretas em que essas normas principiológicas incidem, resta insuficiente para solução da colisão entre elas a utilização do critério de subsunção, pois há várias premissas maiores para apenas uma premissa menor. As normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam para soluções diversas e contraditórias para a questão.

Na lógica unidirecional (premissa menor) a solução subjuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, por força do princípio instrumental da unidade da Constituição. O intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.⁷⁹²

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, consubstanciado no conflito entre princípios constitucionais (aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa), preconiza-se, como já se expôs no capítulo 6

⁷⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, p. 66-67.

⁷⁹² *Idem*, p. 61.

desta dissertação, o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu “núcleo essencial” onde se acha insculpida a dignidade humana”.⁷⁹³

Através da ponderação de interesses, busca-se produzir uma solução que, trabalhando os valores em tela, seja capaz de reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos.⁷⁹⁴ Assim, os critérios tradicionais de solução entre regras – critério cronológico, da hierarquia e da especialidade – não conseguirão solucionar a controvérsia entre os princípios em colisão, já que não basta que uma norma se sobreponha a outra, como ocorre com as regras jurídicas.

A solução para a colisão entre princípios será buscada através da sua harmonização, de maneira que ambos se mantenham válidos, mas em cada caso um deverá prevalecer, ou seja, ser realizado em maior grau do que o outro.

A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. 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.

Analisando-se as normas principiológicas colidentes, quais sejam, da intimidade e da privacidade, por um lado, e da propriedade, da liberdade contratual e da livre iniciativa, de outro, verifica-se que realmente existe uma colisão entre elas nos casos concretos em que os meios eletrônicos são utilizados no ambiente de trabalho. Cada um desses grupos de princípios apontem para uma solução divergente.

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, a qual engloba, em seu bojo, valores que, quando aplicados a um caso concreto, podem se tornar divergentes, observa-se que, nas situações a serem estudadas, as normas principiológicas da intimidade e da privacidade encontram como limites internos ou restrições, dispostas na própria Constituição, as normas principiológicas da propriedade privada, da livre iniciativa e da liberdade contratual. E essas, por sua vez, encontram limites naquelas normas. Esses limites ou restrições imanentes à Constituição impedem que os direitos fundamentais de uma pessoa sejam exercidos de forma abusiva, de maneira a preservar os direitos fundamentais de outra.

⁷⁹³ *Idem, ibidem.*

⁷⁹⁴ *Idem, ibidem.*

Os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade são direitos sem reserva de lei, ou seja, a Constituição não prevê qualquer possibilidade de intervenção por parte do legislador mas, sim, através do aplicador do direito que, por meio da ponderação, poderá restringir o exercício daqueles direitos fundamentais em virtude de outros valores colidentes, como o direito fundamental de propriedade e os princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa.

Por outro ângulo, as normas principiológicas da propriedade, liberdade contratual e livre iniciativa são normas que, embora não apresentem reserva de lei na Constituição, já foram traduzidas em leis infraconstitucionais, sobretudo no Código Civil de 2002. Não obstante, nos casos concretos de utilização de aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho, observa-se que a intervenção do legislador não foi suficiente para limitar o exercício abusivo do direito de propriedade, da liberdade contratual e da livre iniciativa, impondo-se, portanto, uma ponderação entre os interesses em colisão.

E importante asseverar que, no caso da empresa privada, o exercício dos poderes inerentes à direção do empreendimento só será objeto de proteção constitucional enquanto estiver conforme à sua precisa função social, ou seja, na medida em que a empresa se torne “instrumento de promoção dos valores sociais e não-patrimoniais”.

Daniel Sarmiento expõe, de forma sintética, como será realizada a harmonização entre os princípios constitucionais em colisão, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em um caso concreto:

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 indônea 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. Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.⁷⁹⁵

Por isso, há de se percorrer três etapas para a construção do raciocínio lógico: em um primeiro momento, identificar todas as normas que estejam em conflito; depois, identificar os fatos relevantes acerca do problema para, por fim, descobrir intuitivamente soluções possíveis, escolhendo a melhor opção para o ajuste correto da Constituição.

⁷⁹⁵ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. *Op. cit.*, p. 104-105.

As normas em colisão em exame na presente dissertação são os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do empregado, de um lado, e o direito fundamental de propriedade do empregador e os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual, de outro.

Deve-se iniciar o processo de ponderação estipulando o peso genérico de cada um desses princípios. Teoricamente, os interesses constitucionais elencados são abstratamente dignos da mesma tutela. Se o livre exercício da atividade econômica é assegurado no Título da Constituição que regula a economia nacional, por outro lado a intimidade, a vida privada e a propriedade estão disciplinadas no título que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante, norteando-se pela tábua axiológica constitucional, ainda que não exista hierarquia entre as normas constitucionais, observa-se que a Norma Fundamental não empresta a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam sob o seu pálio.

Gustavo Tepedino explica que o legislador constitucional se posicionou no sentido de que existe uma submissão das relações contratuais, no âmbito da iniciativa econômica, aos princípios fundamentais esculpidos na Constituição. Assim, a lógica patrimonial deve subordinar-se à existencial:

estremando, de um lado, as categorias da empresa, informadas pela ótica do mercado e da otimização dos lucros, e, de outro, as categorias atinentes à pessoa humana, cuja dignidade é o princípio basilar posto ao vértice hierárquico do ordenamento.⁷⁹⁶

Como o peso genérico atribuído a cada interesse servirá de indício do peso específico que cada princípio deve assumir na ponderação, para solucionar a colisão entre as normas principiológicas da intimidade e da privacidade e as da propriedade privada, livre iniciativa e liberdade contratual, em face da utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho, não se pode perder de vista, como ponto de partida e critério norteador, a inequívoca superioridade atribuída pelo constituinte às situações existenciais sobre as meramente patrimoniais.

Nesse sentido está o Enunciado nº 1, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizado em 23 de novembro de 2007 pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho): “Direitos fundamentais. Interpretação e aplicação. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e,

⁷⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.. 53.

acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.”⁷⁹⁷

É necessário salientar que, em alguns casos, a colisão poderá ser resolvida com o uso da adequação ou, sendo essa insuficiente, recorrendo-se à necessidade. Apenas se lançará mão da ponderação quando esteja configurada uma situação extrema de conflito entre princípios que não possa ser resolvida através da adequação e da necessidade, sendo, assim, indispensável aplicar a “fórmula do peso”.

Passando-se ao processo de harmonização entre normas principiológicas constitucionais, o primeiro critério ou máxima do princípio da proporcionalidade a ser analisado é a adequação da medida utilizada pelo empregador para alcançar os fins a que ele se propõe. É adequado, então, o meio que o empregador usa, ainda que restringindo até certo ponto a intimidade e a privacidade do empregado, se ele aumentar a probabilidade da empresa resguardar seu patrimônio, fomentar a produtividade dos empregados, preservar a imagem da empresa perante terceiros, etc.

Nesse ponto, Bruno Lewicki ressalta que os objetivos do empregador não podem exacerbar os limites iminentes ao direito em tela, ou seja, devem ser restritos ao regular exercício do poder de direção, referentes à organização, controle e fiscalização no ambiente de trabalho, no que tange ao desenvolvimento da atividade pactuada.⁷⁹⁸

Examinando os tipos de meios eletrônicos estudados nessa dissertação, observa-se que não se compraz com o critério da adequação a utilização de polígrafos. Se o objetivo do empregador, ao se valer desse aparato, é avaliar se o empregado tem condições de exercer um cargo em que é importante o cuidado com a segurança de outras pessoas – como no caso das empresas de aviação – ou de bens – nas firmas de transporte de valores, por exemplo –, se realmente importa que o trabalhador seja honesto, se ele não irá quebrar a fidúcia com a empresa, conclui-se que o empregador não logrará êxito em sua empreitada.

Isso porque o polígrafo, como já foi explicitado, não é meio apto para aferir se uma pessoa está ou não mentindo. Existem situações em que a pessoa mente e o aparato não avisa, seja porque a pessoa tem muito controle sobre si mesma, não deixando transparecer sinais que se revelariam no teste do polígrafo como próprios de um comportamento mentiroso, ou mesmo porque tomou remédios que inibem as reações corporais; e há casos em que o empregado está falando a verdade mas que, por circunstâncias relativas a nervosismo, pressão

⁷⁹⁷ ENUNCIADOS da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça, realizado em 23 de novembro de 2007 pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em: 08 jan. 2009.

⁷⁹⁸ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 201.

e medo, as reações do organismo do examinado podem revelar erroneamente que o trabalhador esteja mentindo.

Partindo-se para a análise do segundo elemento da proporcionalidade, a necessidade ou exigibilidade, deve-se avaliar se a medida a ser tomada, mesmo restringindo os outros direitos e princípios em colisão, é aquela que se mostra a mais idônea a concretizar o princípio ou direito fundamental que, naquele caso concreto, deve prevalecer. Um valor constitucionalmente tutelado não deve ser excessivamente restringido quando houver meios alternativos para salvaguardar o bem que se encontra no outro pólo da incompatibilidade.

Dessa forma, o empregador, diante das possibilidades fáticas que lhe são apresentadas, ou seja, dos tipos de fiscalização e controle disponíveis, deverá observar se eles se apresentam idôneos para concretizar os seus interesses relativos à defesa do patrimônio empresarial, à livre iniciativa e à liberdade contratual, restringindo o menos possível os direitos à intimidade e à vida privada do empregado.

A revista íntima realizada pelo empregador não passará pelo teste da necessidade, posto que existem, obviamente, outros meios menos agressivos que poderão ser usados pelo empregador para evitar a dilapidação do patrimônio empresarial, como, por exemplo, a instalação do circuito interno de televisão feita de forma limitada (não podendo ser colocadas câmeras de vídeo em banheiros, vestiários, refeitórios, locais de descanso ou que focalizem exclusivamente um único empregado).

Por seu turno, a realização de revistas pessoais com detectores de metais é razoável, desde que haja, no caso concreto, a necessidade de realização desse tipo de revista, como ocorre em se tratando de empresas cujo resguardo do patrimônio empresarial só possa ter efetivamente sucesso com esse tipo de fiscalização (empresas, por exemplo, cujos objetos produzidos sejam muito pequenos, perigosos ou de grande valor, como fábricas de *microchips* ou pequenos componentes eletrônicos, de armamentos, joalherias ou indústrias farmacêuticas) ou empresas que lidem com valores, como bancos e financeiras, em prol da segurança dos demais funcionários e clientes.

Ainda, assim, a revista deverá ser genérica, impessoal e, caso seja detectado algum objeto metálico, poderá ser requerido ao empregado que tente retirar qualquer tipo de adereço que esteja levando o detector a soar o alarme, tal como se procede nos aeroportos. No máximo, acredita-se que poderá o empregado retirar casacos e sapatos, mas jamais desnudar-se na frente de empregador, colegas de trabalho, clientes, ou quem quer que seja, sob pena de violar-se os direitos à intimidade e à privacidade desse trabalhador.

Sandra Lia Simón reitera esse entendimento:

Se há, por exemplo, qualquer tipo de controle (entrada e saída de estoque, filmagens através de circuito interno, colocação de etiquetas magnéticas, vigilância feita por serviço especializado, etc.), não há justificativa para a efetivação das revistas [...] parece difícil acreditar que, nos dias de hoje, com a grande evolução tecnológica, não exista outra forma de controle sobre os produtos que saem furtivamente da empresa [...] Percebe-se, portanto, que se trata de forma muito simplista e acomodada de o empresário defender o seu patrimônio.⁷⁹⁹

Em relação ao polígrafo, ainda que algumas pessoas o possam considerar como um meio adequado para que o empregador preserve seu direito fundamental à propriedade e realize, na maior medida possível, a sua livre iniciativa (não obstante não seja essa a opinião que se adota nessa dissertação), a utilização desse aparato não sobreviverá ao exame da máxima da necessidade, visto que existem outros meios menos restritivos aos direitos fundamentais dos trabalhadores para que o empregador realize os seus objetivos, tais como o uso das câmeras de vídeo, a utilização de fiscalização por seguranças, a passagem por detector de metais e o trabalho de humanização dentro da empresa de maneira que os empregados, por eles mesmos, exijam dos outros uma postura de honestidade, respeito e defesa dos interesses empresariais.

Bruno Lewicki acredita que a prática de monitoração de *e-mails* que permitam ao empregador acesso irrestrito ao conteúdo da caixa-postal eletrônica dos funcionários não passa pelo critério da necessidade.⁸⁰⁰ Isso porque a medida escolhida – a monitoração, com violação do conteúdo das mensagens – restringe demasiadamente as normas principiológicas da privacidade e da intimidade do empregado em prol da satisfação das normas da livre iniciativa, da liberdade contratual e da propriedade do empregador. Existem outras medidas que, se tomadas, podem resguardar os interesses da empresa, sem invadir as esferas privada e íntima dos indivíduos. Assim, a sobrecarga de dados pode ser controlada restringindo-se a possibilidade de recebimento de arquivos anexos (sem que para tanto haja a necessidade de exame de seu conteúdo); a espionagem industrial pode ser combatida com um controle mais acurado dos arquivos anexos enviados; a queda da produtividade de cada empregado pode ser detectada por inúmeros outros meios.⁸⁰¹

Analisando criticamente a opinião de Lewicki, acredita-se que a fiscalização dos *e-mails*, *sites* visitados e telefonemas dos empregados somente pode ser resolvida com o critério

⁷⁹⁹ SÍMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, p. 147.

⁸⁰⁰ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 202.

⁸⁰¹ *Idem, ibidem.*

da necessidade, no que tange à violação dessas formas de comunicações pelos empregadores, ou seja, no sentido do conhecimento acerca do conteúdo da chamada telefônica, do *e-mail* ou da própria investigação pormenorizada das páginas da *internet*. Não obstante, nas situações em que esse conteúdo não é violado, constata-se que a fiscalização é apta para que o empregador exerça um controle acerca da produtividade dos empregados e para diminuir riscos relativos à dilapidação do patrimônio e da imagem empresarial, já que não existiriam medidas menos restritivas aos direitos da personalidade dos trabalhadores.

A idéia que deve pautar o exame do critério da necessidade, portanto, é que a conduta do empregador não pode gerar um controle excessivo sobre a pessoa do empregado no ambiente de trabalho, se não houver uma fundamentação que realmente justifique a escolha da medida para a finalidade específica buscada ou atividade concreta desempenhada pela empresa.⁸⁰²

A terceira máxima a ser trabalhada é a da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, avaliando-se se existe uma correspondência entre os meios adotados pelo empregador para a consecução dos fins, ou seja, se o grau de satisfação dos seus interesses relativos à propriedade privada, livre iniciativa e liberdade contratual causará uma restrição proporcional dos outros interesses em colisão que são a intimidade e a privacidade do empregado. Deve-se avaliar se o meio eletrônico utilizado, que restringe a intimidade e a privacidade do trabalhador, justifica a satisfação dos interesses do empregador.

A possibilidade jurídica de realização dos direitos à intimidade e à privacidade depende, portanto, do direito de propriedade e dos princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual. Quanto maior o grau de não satisfação das normas principiológicas da propriedade privada, da liberdade contratual e da livre iniciativa, maior deve ser a importância em se satisfazer as normas fundamentais da intimidade e da privacidade, segundo a lei da ponderação de Alexy.

De forma a estabelecer uma ponderação racional entre as normas principiológicas contrapostas em tela, partir-se-á do entendimento de Alexy, segundo o qual a precedência condicionada em cada situação concreta pode ser fundamentada racionalmente através dos enunciados de preferência.

É importante ressaltar que nenhum desses princípios tem primazia absoluta, pois somente a partir das circunstâncias específicas do caso concreto, que aqui serão retratadas apenas de forma hipotética, será estabelecida uma relação de precedência condicionada.

⁸⁰² *Idem*, p. 205.

Não obstante, o princípio da dignidade da pessoa humana, que dá suporte aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado, tem um grande potencial de prevalecer sobre outros princípios de natureza patrimonial, como já se observou ao avaliar o peso genérico das normas em apreço. Não significa uma precedência absoluta, mas uma probabilidade muito elevada de precedência.

Para saber qual princípio deverá preceder e qual cederá, será utilizada a “Lei da colisão” de Alexy, de acordo com a qual em uma ponderação é necessário estabelecer uma relação de preferência, que corresponde ao estabelecimento de uma regra. Assim, nas situações que serão apresentadas, sempre que as condições jurídicas e fáticas forem as mesmas, haverá a precedência dos mesmos princípios.

Ademais, na tarefa de determinação da precedência entre princípios, é necessário que o juiz produza uma argumentação jurídica capaz de fundamentar a sua decisão nos casos concretos trazidos ao seu conhecimento. A motivação deve retratar com fidelidade as razões que efetivamente condicionaram a tomada da decisão, permitindo o seu controle pelos jurisdicionados. Para que a precedência de um princípio sobre o outro se justifique por procedimentos racionais, utilizar-se-á a “Fórmula do Peso” de Alexy, nos casos concretos exemplificativos que serão trazidos a baila. Essa fórmula permitirá a tomada de decisões racionais sobre a colisão entre as normas principiológicas da intimidade e da privacidade do empregado e as da propriedade privada, livre iniciativa e liberdade contratual do empregador.

Como a construção da fórmula já foi trabalhada no capítulo 6, ela será representada da seguinte forma: $W_{ij} = W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j$, em que I_i é o grau de interferência que a conduta do empregador causa nos direitos da intimidade e da privacidade do empregado; I_j é o grau de interferência que a omissão da conduta do empregador causa nas normas principiológicas da propriedade privada, da livre iniciativa e da liberdade contratual; W_i é o peso abstrato das normas principiológicas da intimidade e da privacidade (P_i); W_j é o peso abstrato das normas principiológicas da propriedade privada, da livre iniciativa e da liberdade contratual (P_j); R_i são as evidências fáticas sobre a intensidade de interferência dessas normas em P_i ; R_j são as evidências fáticas sobre a intensidade de interferência do direito à intimidade e à privacidade em P_j ; e W_{ij} é o peso relativo de P_i e de P_j , resultado a ser atingido com o uso da fórmula.

A primeira situação a ser analisada diz respeito à utilização de câmeras de vídeo nos estabelecimentos comerciais e industriais. Observa-se que, nesses casos, o empregador poderá se valer da instalação de um circuito interno de televisão ou de câmeras de vídeo isoladas para proceder ao controle da produtividade e ao mesmo tempo resguardar o patrimônio da empresa. Como já ressaltado alhures, esses aparatos jamais poderão ser instalados em locais

do ambiente de trabalho em que a intimidade e a privacidade do empregado devam ser preservadas com maior intensidade, como banheiros, refeitórios e vestiários. Ademais, as imagens obtidas deverão ser observadas e gravadas por um profissional e, caso não haja nenhum motivo que enseje punição disciplinar de empregados, elas deverão ser descartadas logo após essa constatação. Se a imagem, ao contrário, revelar a prática de atos abusivos por parte do empregado, como o furto de algum objeto ou de dinheiro, obviamente que o trabalhador será submetido a procedimento disciplinar em que lhe seja assegurada ampla defesa, mas que, ao final, poderá resultar na sua dispensa por justa causa, ante a gravidade de sua conduta que rompe com a fidúcia contratual.

Para exemplificar uma situação envolvendo a utilização de câmeras de vídeo, imagine-se a hipótese em que o empregador, com base na sua livre iniciativa, se valha desses aparatos em um loja de departamentos, com foco nos caixas, local onde há uma grande chance de furtos e equívocos no tocante à contagem do dinheiro, por exemplo e, que nesse local, não seja focalizado apenas um empregado de forma intermitente, mas todos os empregados que exercem a função de caixa. Se ocorrer um furto nessa loja que é captado pela câmera, e o empregador, após procedimento disciplinar, dispensar o empregado por justa causa, o caso poderá chegar ao Judiciário, caso o empregado entenda não se tratar de justa causa, para que o juiz do trabalho possa decidir a questão. Com base na fórmula de Alexy, é possível considerar que as normas principiológicas em apreço, quais sejam, a intimidade e a privacidade do empregado (Pi) e o direito de propriedade e a livre iniciativa do empregador (Pj) possuem a grandeza *sério* (4). A interferência causada nos direitos à intimidade e privacidade (Ii) do empregado é considerada *leve* (1), em virtude da forma como é realizado o controle da atividade. Por outro lado, pode-se considerar que a interferência que a não utilização das câmeras de vídeo trará no direito de propriedade do empregador e na organização da forma de produção daquele estabelecimento (Ij) seja *séria* (4). Admita-se, finalmente, que os juízos fáticos sobre o grau de interferência que o direito de propriedade e a livre iniciativa imponham sobre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado (Ri) e vice-versa (Rj) sejam *moderados* (2), com base nas provas apresentadas no processo e na inversão do ônus da prova em favor do empregado, por exemplo. Aplicando-se a fórmula do peso, $W_{ij}=4 \times 1 \times 2 / 4 \times 4 \times 2 = 0,25$. Dessa forma, conclui-se que, nesse caso, o direito fundamental de propriedade do empregador e o respeito à sua livre iniciativa têm maior peso relativo do que os direitos à intimidade e à privacidade do empregador.

A segunda situação a ser estudada é a utilização da prática de revistas pessoais com detectores de metais. Nesse caso, deve haver uma real necessidade para a realização de

revistas com detectores no ambiente de trabalho. Não é possível que ela seja feita em uma empresa que fabrica gêneros alimentícios, por exemplo, a não ser que haja suspeita de que empregados estejam sabotando os produtos que chegarão aos consumidores em retaliação a alguma prática do empregador. Portanto, as revistas só serão permitidas se elas forem adequadas e necessárias para a proteção do patrimônio empresarial e desde que restrinjam proporcionalmente os direitos à intimidade e à privacidade do empregado.

A hipótese escolhida é o caso em que estejam sendo feitas revistas com detectores de metais em um estabelecimento de ensino, situado em zona urbana perigosa, em que o resguardo do patrimônio da empresa e a segurança dos alunos, professores e funcionários deve ser observada. Entretanto, quando os detectores soam, existe norma na escola prevendo que o examinado seja levado a sala separada em que deve retirar a roupa ficando apenas com os trajes íntimos. O caso a ser submetido à apreciação do julgador é o de uma professora que foi submetida a revista vexatória após passar pelo detector de metais que soou o alarme. A reclamante pede indenização por danos morais em virtude da humilhação que sofreu, diante de colegas de trabalho e de seus alunos. Considerando nessa situação que as normas principiológicas da intimidade do empregado (P_i) e as da propriedade e liberdade contratual do empregador (P_j) possuam a grandeza *sério* (4), por terem o mesmo peso abstrato; que a interferência causada no direito à intimidade da empregada, quando examinada (I_i), é *séria* (4) e que a interferência causada pela não utilização dessa revista ao direito de propriedade e na liberdade contratual (I_j) do empregador seja *leve* (1); admite-se, finalmente, que as evidências fáticas do caso demonstrem que o grau de interferência que o direito à intimidade impõe ao direito de propriedade e à liberdade contratual do empregador (R_j) seja *leve* (1) e que o grau de interferência dessas normas no direito à intimidade da empregada (R_i) seja *moderada* (2). Aplicando-se a fórmula do peso, $W_{ij}=4 \times 4 \times 2 / 4 \times 1 \times 1=8$. Nessa situação, percebe-se que o direito fundamental de intimidade da empregada tem maior peso concreto que o direito de propriedade e a liberdade contratual do empregador, ensejando, assim, a procedência do pedido de indenização por danos morais em benefício da professora reclamante.

A terceira situação a ser estudada configura-se quando os empregados utilizam no ambiente de trabalho telefones fixos e celulares para a realização de suas atividades. Os telefones fixos são instrumentos de trabalho da empresa, enquanto os celulares podem ser fornecidos ao empregado, para uso profissional ou para uso pessoal e profissional ou podem ser de propriedade do próprio empregado que o utiliza para chamadas relativas à sua vida privada e, também, para o serviço. Nessas hipóteses, a questão a ser examinada é se o empregador poderia se valer da interceptação (gravação da ligação do empregado, sem o

conhecimento deste e de seu interlocutor) ou da escuta (gravação com o conhecimento do empregado, mas sem a ciência de seu interlocutor) ou de algum outro método capaz de controlar as chamadas feitas e recebidas pelo empregado. Portanto, são vários os problemas a serem destrinchados.

Inicialmente, é necessário esclarecer que o celular pessoal do empregado jamais poderá ser submetido a qualquer tipo de interceptação ou controle pois, além de ter sido adquirido pelo trabalhador, é ele quem paga as chamadas telefônicas. Não obstante, se o empregado estiver utilizando o telefone de maneira abusiva, de modo a atrapalhar o desenvolvimento de suas atividades profissionais, o empregador poderá adverti-lo e, se isto não for suficiente, até puni-lo, com uma suspensão, por exemplo. Caso o empregado utilize seu celular pessoal para realizar ligações, passar mensagens etc., relativas ao seu trabalho, é imprescindível que seja estabelecido um acordo entre empresa e trabalhador de maneira que possam ser controlados, sem violação de seu conteúdo obviamente, os serviços telefônicos que forem dispendidos para suas atividades profissionais, seja através da fixação de um valor mensal a ser pago ao empregado pelos gastos com o aparelho celular seja pela conferência da conta mensal de telefone, por exemplo. Esse mesmo tipo de controle deve haver quando o telefone celular é fornecido pelo empregador para uso pessoal e profissional. Nesse caso, como o aparelho é de propriedade do empregador, será possível um controle mais minucioso das chamadas feitas e recebidas, das mensagens enviadas e das recebidas, por meio de análise da conta do telefone para identificação das chamadas de caráter profissional que efetuou, ou de rastreadores de chamadas, desde que o empregado saiba desse controle, pois o objetivo principal, nesse caso, é saber a origem das chamadas para efeito da divisão das despesas entre empregador e empregado.

Em se tratando de telefones fixos e telefones celulares fornecidos para uso profissional ou profissional e pessoal, os aparelhos são de propriedade do empregador e o que esse visou, ao entregar o telefone para uso do empregado, é que o aparelho seja utilizado para o desenvolvimento das atividades profissionais ou, pelo menos, nos casos de uso misto, profissional e pessoal, para a utilização preponderante em suas atividades quando o trabalhador estiver em serviço. Dessa maneira, o empregador poderá realizar o controle da origem das chamadas feitas e recebidas e das mensagens enviadas e recebidas pelo empregado, desde que esse tenha ciência dessa fiscalização por parte da empresa. Para isso, poderá se valer de todas as formas lícitas de rastreamento de chamadas e mensagens, sem violar o conteúdo, entretanto, do que for falado ou escrito pelo empregado.

O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, dispõe que as comunicações telefônicas são invioláveis, salvo, no último caso, por autorização judicial em investigação ou processo criminal. Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 9.296/96, que especificou as condições a serem atendidas para a realização da interceptação ou escuta telefônica.

Portanto, se o próprio dispositivo constitucional fala que é possível a violação da comunicação telefônica apenas quando houver autorização e nos casos de investigação ou processo criminal, não é possível sustentar que esse tipo de autorização seja concedido em outras circunstâncias quaisquer, como em uma ação cível ou trabalhista. A questão, aqui, não é a de competência dos juízes para esse tipo de procedimento, visto que existe uma corrente que acredita que os juízes trabalhistas têm competência criminal nos casos que envolvem infrações penais derivadas de relações de trabalho. O problema é a matéria que deverá ser analisada pelo juiz, visto que, na maior parte das vezes, o empregador deseja fazer a interceptação telefônica não para saber se o empregado está cometendo um crime⁸⁰³ mas, na verdade, para avaliar se o empregado está cumprindo as suas atribuições no trabalho ou utilizando o seu tempo para atividades afetas à sua vida privada, se não está exercendo concorrência desleal e se faz parte do padrão médio de trabalhador, por apresentar características consideradas nocivas para a empresa (como questões afetas a hábitos de fumar, beber ou jogar, dívidas, etc.).

Aliás, se a interceptação e a escuta telefônica forem permitidas, no ambiente de trabalho, para a monitoração do conteúdo das conversas e das mensagens, o empregador estará não só violando o sigilo das comunicações telefônicas do empregado, como também o sigilo do interlocutor do trabalhador, ou seja, do terceiro que com ele mantém conversação telefônica. Nunca é demais lembrar que a violação do sigilo das comunicações é crime e as provas obtidas por meios ilícitos são consideradas ilícitas, consoante o disposto no art. 10 da Lei n. 9.296/96. Ademais, em se tratando de conversas ou mensagens de cunho privado ou íntimo a interceptação ou escuta das conversas importará na violação da privacidade e da intimidade do empregado e do terceiro interlocutor.

Nesses casos em que o telefone é fornecido para atividades profissionais, a gravação, pelo empregador, da conversa mantida entre o empregado e o seu interlocutor, se consentida por ambos os interlocutores não configuraria hipótese de violação das comunicações

⁸⁰³ Nesses casos, se aceita a tese da competência criminal da Justiça do Trabalho para os crimes relacionados à relação de trabalho, poderia o empregador, em caso de suspeita de cometimento de crime pelo empregado, se valer da previsão constitucional do art. 5º, inciso XII, e da lei que o regulamenta (Lei n. 9.296/96) para requerer ao juiz do trabalho autorização para a interceptação ou escuta telefônica, desde que atendidos os requisitos para essa quebra de sigilo previstos na *supra* mencionada lei.

telefônicas mas poderia levar à invasão das esferas íntima e privada do empregado e do terceiro com quem ele se comunica, devendo, portanto, ser tal prática vedada.

A ressalva que deve ser feita em relação aos telefones fixos e celulares fornecidos ao empregado para uso profissional é a de que, se o instrumento principal de trabalho da empresa são os telefones e praticamente todo o serviço é realizado por meio desses aparelhos, como ocorre nas atividades de *telemarketing* ou de serviço de atendimento ao consumidor, os conhecidos “SACs”, não se está diante de hipótese de interceptação ou de escuta telefônica, mas, sim, de gravação da conversação mantida entre o empregado e o cliente. Essa gravação, entretanto, deve ser consentida, ou seja, com a anuência do empregado e do interlocutor que, caso não deseje ter sua conversa gravada, poderá finalizar a ligação após ser avisado dessa prerrogativa empresarial. Esse tipo de gravação, ademais, visa a segurança e o controle dos procedimentos realizados e dos serviços prestados pelas empresas aos consumidores, ou seja, a conversa mantida entre os interlocutores diz respeito apenas às questões profissionais e não à privacidade e à intimidade do trabalhador e de seu interlocutor.

A título apenas exemplificativo, será ilustrada uma hipótese de violação de comunicações telefônicas e da privacidade de empregado que se utiliza de telefone celular fornecido pelo empregado para uso apenas profissional, para realizar uma curta chamada para sua residência no horário do intervalo para o almoço. A ligação do empregado foi interceptada pelo empregador que, além de descobrir que o telefone foi usado para fim particular, foi surpreendido ao saber que o trabalhador está com problemas de saúde. Diante desses fatos, o empregador suspendeu o empregado por (dez) 10 dias. Nessa situação, pode-se considerar que os pesos abstratos das normas principiológicas em colisão, quais sejam, a intimidade e a privacidade do empregado (Pi) e a propriedade, a livre iniciativa e a liberdade contratual do empregador (Pj), têm a mesma grandeza *sério* (4). A interferência causada pela interceptação nos direitos à intimidade e à privacidade do empregado (Ii) é *séria* (4), enquanto a interferência que a não utilização da interceptação (Ij) geraria para a propriedade (custo da ligação realizada pelo empregado), para a livre iniciativa de organizar a sua produção e para a liberdade contratual (de estabelecer que o celular será fornecido ao empregado para fins profissionais) é *leve* (1). Pode-se admitir, finalmente, que as evidências fáticas sobre o grau de interferência que o direito de propriedade, a livre iniciativa e a liberdade contratual do empregador impõem aos direitos de intimidade e privacidade do empregado (Ri) sejam *sérias* (4) e que as evidências sobre o grau de interferência que esses direitos causarão aos interesses do empregador (Rj) sejam *leves* (1). Aplicando-se a fórmula do peso, obtém-se o seguinte resultado: $W_{ij}=4 \times 4 \times 4 / 4 \times 1 \times 1=4$, ou seja, os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade

do empregado têm maior peso concreto, nessa situação, devendo ser realizados, nesse caso, em detrimento do direito de propriedade, da livre iniciativa e da liberdade contratual do empregador.

O magistrado, ao julgar esse caso, provavelmente poderia conceder indenização por danos morais ao empregado que teve uma sanção disciplinar pesada aplicada, em virtude da violação de seu sigilo de comunicação e de seu direito à privacidade. Nessa situação, a aplicação de, no máximo, uma simples advertência, seria razoável para evitar que o empregado se utilizasse do celular para fins particulares. Portanto, terá havido um exercício excessivo do poder disciplinar do empregador. No caso, esse somente poderia saber que a ligação foi realizada para a residência do empregado, por meio do rastreamento de chamadas feitas ou da análise da conta telefônica e, jamais, pela interceptação que, sem autorização judicial para fins de instrução e investigação criminal, é considerada crime e a prova obtida a partir dela é considerada ilícita. Assim, o juiz do trabalho poderia, ainda, remeter os autos para o Ministério Público para fim de eventual propositura de ação criminal.

A última situação a ser analisada é a possibilidade de monitoramento dos *e-mails* enviados e recebidos e das páginas da *internet* visitadas pelo empregador, em caso de computador e provedor de acesso à rede *internet* fornecidos pela empresa. Não obstante, antes de tudo, é mister realçar que existirá diferença caso o *e-mail* seja corporativo ou pessoal e se a utilização dele for para fins profissionais, pessoais ou misto, ou seja, para fins profissionais e pessoais.

No caso da “navegação” pela *internet*, inclusive com acesso a programas de conversação via computador, como *MSN Messenger*, *Yahoo Messenger*, *Skype*, da mesma forma que ocorre com as chamadas realizadas por meio de telefone, o empregador poderá realizar o controle das páginas visitadas e do tempo que o empregado gasta acessando elas. Esse tipo de monitoração é viável, desde que o empregado tenha ciência dela e de que o empregador não fiscalize de maneira pormenorizada todos os passos do empregado em cada *site* (o que é possível, hoje, por meio de *softwares* que realizam um rastreamento detalhado). Assim, se, por exemplo, um empregado entra em um *site* de banco para pagar suas contas, o empregador pode saber que ele visitou esse *site*, mas não saber o que ele fez nesse *site*, sob pena de invadir a sua intimidade e privacidade ao descobrir senhas, dados pessoais e informações do trabalhador que não dizem respeito à empresa.

É relevante explicitar que, atualmente, se o empregador deseja que o empregado não passe uma parte considerável de sua jornada de trabalho “navegando” pela rede *internet*, o que, além de reduzir a produtividade do trabalhador, dando prejuízos à empresa, pode

sobrecarregar a rede de computadores, pode ele lançar mão de uma série de recursos disponíveis no mercado para evitar o uso abusivo da *internet* para fins não profissionais. Existem programas que permitem a visita a apenas alguns tipos de *sites*, bloqueando o acesso a sítios específicos (por exemplo, *site* do “Orkut”) ou de determinada categoria (*sites* de programas de televisão, pornográficos, de *webmail* pessoal) que o empregador tiver selecionado.

Outros dispositivos que visam assegurar maior segurança dos usuários em ambiente de rede e inclusive da proteção do patrimônio empresarial, são os *firewalls*, *passwords* e os *e-tokens*. *Passwords* são senhas alfanuméricas utilizadas em ambiente de rede para autenticar o usuário, ou seja, são utilizadas no processo de verificação da identidade de um usuário, assegurando que este é realmente quem diz ser. Apesar de ser um mecanismo muito utilizado nas empresas, atualmente não apresenta para o empregador a segurança esperada, visto que, depois que os empregados se identificam, podem fazer o que bem entendem com o computador, se não houver outra forma de proteção adicional. 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 determinado computador. Apresentam os mesmos inconvenientes das senhas ou *passwords*. Por sua vez, os *firewalls* são dispositivos constituídos pela combinação de *software* e *hardware*, utilizados para dividir e controlar o acesso às redes de computadores. Esse mecanismo de proteção da rede empresarial, 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 as páginas visitadas sejam registradas e verificadas, só sendo permitido àquele indivíduo o ingresso em áreas autorizadas, sendo em qualquer hipótese checada sua senha.⁸⁰⁴

É importante ressaltar, que caso o empregador fixe expressamente em contrato ou regulamento empresarial, ou seja estabelecida, em instrumento coletivo, a proibição de “navegação” por *sites* da rede *internet*, inclusive para envio e recebimento de *e-mails* pessoais não afetos às atividades profissionais, e o trabalhador seja flagrado nessa situação por meio de fiscalização pessoal ou por programas de rastreamento, o empregado poderá ser advertido sobre sua conduta. E, obviamente, se insistir em violar a regra fixada pela empresa ou pela negociação coletiva entabulada entre sindicato e empresa, ser-lhe-ão aplicadas penalidades mais graves, como a suspensão e até uma dispensa por justa causa. Entretanto, deve haver um

⁸⁰⁴ AIETA, Vânia. *Op. cit.*, p. 63-64.

juízo de proporcionalidade entre a conduta do empregado e as práticas da empresa. Se, por exemplo, um empregado acessa esporadicamente o *site* de seu banco ou manda vez por outra um *e-mail* para sua família, sem conter anexos pesados, sobretudo nos horários de intervalo da jornada, não há nenhuma conduta tão grave que não possa ser tolerada pelo empregador. Afinal de contas, o empregado passa grande parte de seu dia no ambiente de trabalho e é natural e até saudável que possa ter um contato com o mundo externo, desde que não haja abuso nesse tipo de utilização dos instrumentos de trabalho da empresa.

Outra situação é quando o empregado usa *e-mail* pessoal no horário de trabalho, seja para fins de trabalho ou para fins pessoais, quando esse uso é tolerado pelo empregador, sem nenhuma ressalva em regulamento, contrato ou instrumento coletivo. Nessa hipótese, o empregador poderá, no máximo, saber que o empregado acessou a página de seu *e-mail* pessoal mas, jamais, monitorar os endereços para os quais o trabalhador enviou o *e-mail* e de quem ele recebeu o correio eletrônico, bem como os anexos e os assuntos das mensagens, sob pena de violar a privacidade e a intimidade do empregado. É claro que o empregado deve agir com razoabilidade, evitando passar muito tempo acessando seus *e-mails* pessoais e baixando anexos contando arquivos pesados que podem sobrecarregar a rede empresarial ou que tenham suspeita de vírus, por exemplo. Mas o empregador que nada prescreve acerca da utilização desse meio eletrônico não poderá se imiscuir na vida privada do empregado, sob pretexto de fiscalização e defesa de sua propriedade. Até mesmo porque se o correio eletrônico também é utilizado para o trabalho, a dificuldade de descobrir se se trata de *e-mail* com fim profissional ou pessoal aumenta caso não haja norma empresarial que obrigue o empregado, por exemplo, a proceder à divisão em pastas dos correios eletrônicos de cada categoria.

Nessa hipótese, se houver abuso do trabalhador, o empregador poderá negociar com seu empregado regras para uso de *e-mail* pessoal no ambiente de trabalho, que atenda aos fins empresariais, sem lesar direitos da personalidade do empregado. O ideal é que esse tipo de política seja construída através de negociação coletiva ou por meio da co-gestão empresarial, assunto que será tratado no próximo tópico.

A situação muda, não obstante, quando o empregador fornece ao empregado o *e-mail* para uso profissional ou para uso profissional e pessoal ao mesmo tempo. Nesse caso, o denominado *e-mail* corporativo é uma forma de comunicação que facilita o contato entre o empregado e o empregador, demais colegas de serviço e clientes. Quando o *e-mail* é fornecido para fins profissionais ou profissionais e pessoais, além do rastreamento de quanto tempo o empregado passa acessando o seu correio eletrônico, pode o empregador saber quais

foram os remetentes e os destinatários e o assunto dos *e-mails* recebidos e enviados pelo empregado. A não ser que, no caso de *e-mail* para uso misto, haja uma norma estabelecida, unilateralmente pelo empregador ou coletivamente, determinando que o empregado deverá separar os *e-mails* profissionais e pessoais em pastas e que só os primeiros serão fiscalizados.

Em uma situação em que haja previsão desse tipo de uso para fins unicamente profissionais, caso o empregado se valha do *e-mail* corporativo para fins pessoais, poderá ser advertido e, em caso de novas reincidências, ser suspenso ou até dispensado por justa causa. Obviamente aqui, outrossim, vale a regra do bom senso. Se, de vez em quando, no horário do café, um empregado envia, por exemplo, um único *e-mail* pessoal, não há que se falar em aplicação de penalidade, posto que não há proporcionalidade entre a conduta do empregado e os fins colimados pela empresa.

Nesse sentido, Mário Antônio Lobato de Paiva sustenta

Deve ser reconhecido que o trabalhador tem direito a uma comunicação externa durante o horário de trabalho, incluído (*sic*) dentro da empresa. O empresário tem que aceitar o que se denomina direito ao uso social do *e-mail*. Logicamente, dentro dos centros de trabalho também pode haver o uso pessoal, não abusivo e justificado, dos meios e comunicação da empresa, permitido de forma equilibrada e equitativa. Referida permissão vai de encontro justamente com a evolução da nova organização do trabalho: da mesma maneira que o empresário pode exigir, em determinadas circunstâncias, que o trabalhador não somente opere deste centro de trabalho, senão também de seu domicílio – o que se conhece como teletrabalho – é lógico também que o empresário permita uma determinada permeabilidade, não abusiva, e o uso pessoal dos meios de comunicação.⁸⁰⁵

Adentrando, agora, em um dos temas mais polêmicos sobre o monitoramento do correio eletrônico pelos empregadores, procurar-se-á definir a natureza jurídica desse tipo de comunicação e se ela pode ser violada, se houver autorização judicial, para fins de prova em reclamação trabalhista.

O art. 5º, inciso XII, assim dispõe: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim, se o *e-mail* for considerado uma correspondência, ele será absolutamente inviolável. A doutrina majoritária sustenta que a correspondência, de acordo com a redação do art. 5º, inciso XII, da CF/88, não pode ser violada. Nessa dissertação, contudo, adota-se o

⁸⁰⁵ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Diretrizes para a utilização dos meios eletrônicos nos locais de trabalho. Artigos jurídicos do www.advogado.adv.br. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/meioseletronicos.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2008.

entendimento de que o *e-mail* não é correspondência, pois apresenta características que o diferenciam desse tipo de comunicação, principalmente pela forma de envio e de recebimento, que se dá através de meios eletrônicos, como o computador e a rede *internet*.

O art. 5º, inciso XII, da Constituição, foi regulamentado pela Lei n. 9.296/96, que disciplina a interceptação de comunicação telefônica para fins de produção de provas em investigação criminal e instrução processual penal. Por disposição expressa contida no parágrafo único do art. 1º desse diploma, àquele tipo de comunicação equiparam-se as “comunicações de sistema de informática e telemática”, deixando claro o entendimento do legislador de hoje quanto ao caráter analógico que assimila a transmissão e recepção de mensagens por meio de informática ao modos “tradicionais de contato interpessoal”.⁸⁰⁶

Em virtude dessa analogia entre as comunicações telefônicas e as realizadas por meio de sistemas de informática e telemática, as mesmas condições exigidas para a interceptação das conversas telefônicas seriam estendidas para a interceptação de correio eletrônico ou *e-mail*.

Não obstante a celeuma existente em torno da interpretação do dispositivo constitucional *supra* mencionado, ou seja, se a exceção da inviolabilidade das comunicações telefônicas se estenderia às comunicações telegráficas e de dados e em qual desses termos o *e-mail* se enquadraria, e mesmo diante da suposta inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9296/96, defende-se, nessa dissertação, o posicionamento segundo o qual o correio eletrônico possui natureza *sui generis*, ou seja, natureza singular diante de suas características próprias que não se subsumem exatamente em nenhuma outra forma de comunicação. Ademais, acredita-se que o legislador incluiu a possibilidade da interceptação das comunicações de sistemas de telemática e informática pois, como as ligações telefônicas, elas se caracterizam pela instantaneidade. Assim, quando se envia um *e-mail* ou correio eletrônico, o despacho da mensagem é instantâneo, embora a leitura pelo destinatário possa se fazer muito tempo depois ou mesmo nunca. Essa analogia também tem sentido quando se vislumbra que, cada vez mais, as comunicações por correio eletrônico são utilizadas nos mais diversos setores econômicos e sociais, inclusive para fins ilícitos.

Diante dessas considerações, defende-se que, assim como as conversações telefônicas, os *e-mails* somente poderão ser interceptados quando haja autorização judicial para fins de investigação criminal e instrução processual penal, o que, por si só, já exclui a possibilidade de os empregados virem a violar o conteúdo do *e-mail* de empregado, seja ele pessoal ou

⁸⁰⁶ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 117.

corporativo. Não importa se o *e-mail* é fornecido como instrumento de trabalho: ele é meio de comunicação e tem a proteção constitucional e legal a seu favor, a despeito de qualquer outro argumento. Como já foi dito, o empregador, no caso do *e-mail* corporativo, poderá monitorar os destinatários e remetentes do empregado e o assunto dos *e-mails* mas, jamais, o seu conteúdo.

Nesse sentido, a Carta de Maringá, publicada ao final do III Congresso Nacional de Direito Eletrônico, realizado entre os dias 20 e 22 de outubro de 2008, na cidade de Maringá e elaborada pelos membros do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico e demais congressistas, afirma em seu item 3. “A correspondência eletrônica é inviolável, inclusive as contas corporativas disponibilizadas ao empregado, salvo o monitoramento para efeitos de investigação criminal ou instrução processual penal, com prévia autorização judicial, devendo haver amplo debate acadêmico acerca do tema”.⁸⁰⁷

Se por meio de programas de rastreamento ou através de fiscalização pessoal, desde que não haja violação de conteúdo, o empregador descobrir que o empregado esteja, por exemplo, exercendo concorrência desleal, repassando vírus para os computadores das empresas ou material pornográfico, poderá advertir, suspender ou dispensar o empregado por justa causa, de acordo com a gravidade da conduta do obreiro.

Não se pode olvidar que a prova da justa causa deve ser robusta e o ônus da produção da referida prova é do empregador. Ao considerar a aplicação da dispensa por justa causa, o empregador deverá observar as circunstâncias da falta cometida, a dizer: nexos causal entre a falta e a penalidade; a adequação entre a falta e a pena aplicada; a proporcionalidade entre elas; a imediatidade da punição; a ausência do perdão tácito; a singularidade da punição (*non bis in idem*); a ausência de discriminação e o caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente graduação da penalidade.

O Enunciado nº 2, inciso III, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizado em 23 de novembro de 2007, pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), reflete o entendimento segundo o qual é do empregador o ônus da prova, quando o empregado alega ser vítima de lesão a seus direitos fundamentais: “2. Direitos Fundamentais – Força Normativa. III - Lesão A Direitos Fundamentais. Ônus Da Prova. Quando há alegação de que ato ou prática

⁸⁰⁷ CARTA de Maringá, publicada ao final do III Congresso Nacional de Direito Eletrônico, realizado entre os dias 20 e 22 de outubro de 2008, na cidade de Maringá. Disponível em: <<http://blog.ibde.org.br/2008/10/25/iii-congresso-termina-com-a-redacao-da-carta-de-maringa/>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”⁸⁰⁸

Se, por outro lado, houver apenas suspeita de abuso na utilização do *e-mail*, é necessário que o empregado se valha de outros meios probatórios lícitos para provar suas alegações. Nesse caso, a não ser que se trate de prática de suspeita de crime, não é possível a autorização judicial, seja por qual juiz for, para a interceptação do correio eletrônico do empregado.

Se o empregador violar o conteúdo do *e-mail* do empregado que trate de assunto íntimo ou particular, aquele será condenado, no mínimo, a indenizar o trabalhador por danos morais. Além disso, a violação de *e-mail*, assim como de conversa telefônica, é considerado crime pelo art. 10 da Lei n. 9.296/96 e, se o empregado requerer, o juiz do trabalho deverá encaminhar o caso para a Justiça Comum, para fins de investigação criminal do ato do empregador.

Caso o empregador, nessas situações, dispensasse por justa causa o empregado após ter conhecimento, por meio da violação de conteúdo de *e-mail* do trabalhador, de informação inerente à vida íntima ou privada do empregado, por interpretação do Enunciado II, inciso II, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizado pela ANAMATRA, o empregado poderia requerer sua reintegração, em virtude de dispensa abusiva: “Direitos fundamentais – Força normativa. II – Dispensa Abusiva do Empregado. Vedação Constitucional. Nulidade. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.”⁸⁰⁹

Por derradeiro, é importante recordar que as provas obtidas de forma ilícita, como nos casos de interceptação de conversas telefônicas ou de *e-mails* de empregado, são consideradas ilícitas também, em virtude da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Nesse sentido, Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho advertem:

⁸⁰⁸ ENUNCIADOS da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça, realizado em 23 de novembro de 2007 na ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em: 08 jan. 2009.

⁸⁰⁹ *Idem, ibidem*. Vale ressaltar, entretanto, que esse Enunciado, assim como os outros que foram aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, não tem qualquer força vinculante, não se equiparando, portanto, de forma alguma a uma Súmula ou Orientação Jurisprudencial.

[...] eventual autorização judicial para violar tal sigilo, salvo melhor entendimento, estaria restrita aos procedimentos criminais, nos termos da referida Lei 9.296/96, e não no âmbito do processo civil e do processo do trabalho. Assim, eventual prova, em reclamatória trabalhista, decorrente da violação do *e-mail* do empregado, seria ilícita e, pela teoria dos frutos da árvore envenenada, não poderia ser utilizada como meios de convencimento do juiz para fundamentar a sentença.⁸¹⁰

Em estudo clássico, Moacyr Amaral Santos conceitua prova como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”, defendendo que, se na crença da certeza dos fatos alegados em juízo está a sua prova no sentido subjetivo, nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção está a prova no sentido objetivo.⁸¹¹

A Constituição Federal, sem levar em conta as controvérsias e recomendações da doutrina a respeito da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, editou regra geral declarando inadmissível as provas ilícitas⁸¹². A ordem jurídica rechaça a prova obtida de forma ilegal ou ilegítima (art. 332 do CPC), elevada ao grau de princípio constitucional a proibição da prova ilícita (artigo 5º, inciso LVI, da CF), como uma das projeções dos princípios da legalidade e do devido processo legal (*due process of law*).

Independentemente dessa diferenciação conceitual, a jurisprudência do STF não aceita a prova ilícita, fundamentando-se justamente na garantia do devido processo legal. Entretanto, essa mesma Corte vem atenuando tal vedação com base no princípio da proporcionalidade.⁸¹³ Nesse sentido, mesmo sendo ilícita a prova, o Supremo já decidiu em alguns casos que, em caráter excepcional e em casos de extrema gravidade, poderá ser utilizada para convencimento do juiz no processo, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade de o direito tutelado ser mais importante que o direito à intimidade, ao segredo e à liberdade de comunicação. Sua utilização é muito freqüente no âmbito criminal. Trata-se da violação do sigilo telefônico e de correspondência de criminosos.

Cita-se o exemplo da vítima de extorsão. Nesse caso, eventual conversa telefônica gravada pela interlocutora chantageada, sem o conhecimento do chantagista, será tida como prova legítima, pois o direito à privacidade do indivíduo não pode ser um escudo para práticas criminosas. Nesse caso, muito bem aplicado o princípio da proporcionalidade ligado à idéia de legítima defesa. Trata-se do conflito entre os direitos fundamentais do criminoso e da

⁸¹⁰ OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Op. cit.*, p. 653.

⁸¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 5 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1983, p. 2 e 8 *apud* OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Op. cit.*, p. 654.

⁸¹² É bom lembrar que prova ilícita não é prova ilegítima, pois ambas são espécies do gênero prova ilegal, sendo que as ilícitas são aquelas obtidas com a infringência de norma de direito material e as ilegítimas com infringência a norma de direito processual.

⁸¹³ OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Op. cit.*, p. 655.

vítima, no qual, afasta-se, apenas para aquele caso, a tutela constitucional ao agressor, em benefício do agredido.

Portanto, com base no princípio da proporcionalidade, não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a validade dessa prova para todo e qualquer caso.⁸¹⁴

É necessário, portanto, chegar a um equilíbrio entre a liberdade para o exercício do direito à produção de prova e a legalidade ou legitimidade dos meios empregados para obtê-la, pois a busca da verdade no processo não pode ser erigida em princípio absoluto, a ponto de anular os outros princípios constitucionais básicos, tal como o de tutela da privacidade, que assegura a toda pessoa humana o direito à intimidade, não só contra governos, mas igualmente contra particulares.

No caso dos *e-mails* e conversações telefônicas dos empregados, portanto, se houvesse certeza de que eles estariam cometendo crimes, a prova teoricamente ilícita obtida pelo empregador seria considerada válida e poderia ensejar, assim, investigação criminal do empregado. Na esmagadora parte dos casos, entretanto, o empregado não está cometendo crime ao utilizar o telefone, a *internet* e o *e-mail* e, portanto, as provas obtidas ilicitamente serão, outrossim, consideradas ilícitas.

Uma questão pertinente a ser abordada é se as provas seriam válidas, independentemente de terem sido obtidas de forma lícita ou ilícita, tendo em vista que o *e-mail* é uma forma de comunicação muito fácil de ser vulnerada, interceptada e modificada. Defende-se, aqui, que o *e-mail* pode servir como meio probatório se ele tiver assinatura digital, a qual se trata de uma forma de proteção por meio de criptografia que garante a integridade e origem do *e-mail* enviado e recebido, consoante a primeira parte do art. 1º da Carta de Maringá: “O Projeto de Lei que trata do *e-mail* como prova não pode prescindir da certificação digital [...]”.⁸¹⁵

Além da proibição legal da violação de *e-mail* e de sua validade como prova, outro ponto importante, levantado por Bruno Lewicki, é o de que o *e-mail* amplifica as possibilidades de interpretação inadequada ou, retornando à noção de privacidade, um “julgamento fora de contexto”. Some-se a isso a utilização de expressões e mesmo de todo um vocabulário baseado, por exemplo, em experiências comuns a um grupo de amigos, mas cujo

⁸¹⁴ *Idem*, p. 655.

⁸¹⁵ CARTA de Maringá, publicada ao final do III Congresso Nacional de Direito Eletrônico, realizado entre os dias 20 e 22 de outubro de 2008, na cidade de Maringá. Disponível em: <<http://blog.ibde.org.br/2008/10/25/iii-congresso-termina-com-a-redacao-da-carta-de-maringa/>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

sentido permanece esotérico aos de “fora”, o que só aumenta as chances de uma interpretação errônea. Esse resultado incerto e negativo agrava-se quando se lembra da facilidade com o que o *e-mail* pode ser interceptado ou mesmo trazido à tona, diretamente das profundezas das caixas de correio eletrônico – quer do remetente, quer do destinatário.⁸¹⁶

Dessa forma, se o empregador se inteira do conteúdo de *e-mail*, a possibilidade de, erroneamente, interpretar alguma situação ou julgar o empregado, por atitudes que ele considere inadequadas, aumentam muito. Isso sem contar o fato de que o empregador, munido de informações íntimas do empregado, poderá dispensá-lo sem justa causa. Ou, ainda, o trabalhador poderá ser acusado de enviar *e-mails* pesados ou pornográficos, por exemplo, que o próprio empregador mandou do *e-mail* corporativo do empregado, se tiver a sua senha e, assim, ser dispensado por justa causa.

Para exemplificar a questão acerca do uso do *e-mail* corporativo pelo empregado no ambiente de trabalho, considere-se mais uma situação hipotética em que há colisão de direitos para que se possa lançar mão da “fórmula do peso”. Na situação imaginada, um empregado do setor de recursos humanos envia, de seu correio eletrônico corporativo, *e-mail* contendo “corrente” para vários colegas de trabalho, durante o horário do expediente. Na referida empresa, o setor de recursos humanos é um dos mais sobrecarregados de trabalho. Não há, entretanto, nenhuma cláusula contratual ou norma a regulamentar a situação. O empregado, após ter sido “denunciado” por colega de trabalho do setor de recursos humanos da empresa que mostra o *e-mail* ao patrão, é suspenso por 15 dias. Na hipótese, percebe-se que: os pesos relativos das normas principiológicas em questão são *moderadas*, pois nem a intimidade e a privacidade do empregado (Pi), por ser *e-mail* de “corrente”, nem a propriedade, livre iniciativa e liberdade contratual do empregado (Pj), por ser um único *e-mail* enviado e não haver norma proibindo a utilização do *e-mail* têm um peso *sério*, no caso concreto; ademais, a interferência causada no direito de intimidade e de privacidade do empregado pela “descoberta” do *e-mail* pelo empregador (Ii) pode ser considerada *moderada* (2), e a interferência que a não “descoberta” do *e-mail* pelo empregador pode trazer ao direito de propriedade, à livre iniciativa e à liberdade contratual do empregador (Ij) é *leve* (1); as evidências fáticas sobre o grau de interferência que o direito de propriedade, a livre iniciativa e liberdade contratual impõem ao direito de intimidade e de privacidade do empregado (Ri) e vice-versa (Rj) são *moderadas* (2). Aplicando-se à fórmula do peso, obtém-se o seguinte resultado: $W_{ij} = 2 \times 2 \times 2 / 2 \times 1 \times 2 = 2$. Dessa forma, conclui-se que, ainda que o direito à intimidade,

⁸¹⁶ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 118-119.

nesse caso, tenha um peso maior que o direito de propriedade, na verdade a intimidade não foi restringida em um grau tão alto, como seria se o conteúdo do *e-mail* fosse de cunho particular. Percebe-se, dessa forma, que a penalidade aplicada ao empregado foi excessiva, sobretudo por não haver norma empresarial que regule o uso do *e-mail* corporativo.

Acredita-se, pelos exemplos dados, que, com o uso dessa fórmula, será possível que o juiz do trabalho profira decisões com base em argumentação racional sobre cada uma das variáveis envolvidas, quais sejam, o peso relativo de cada um dos princípios, a interferência que a satisfação de uma causa no outro e as evidências fáticas sobre o grau de interferência que cada um dos princípios gera no outro.

Deve-se ressaltar, ademais, que a dignidade da pessoa do trabalhador servirá como parâmetro e limite do procedimento de ponderação de interesses, posto que nenhuma ponderação pode implicar na violação dessa dignidade. Não obstante, como não há hierarquia entre princípios constitucionais, a resolução das colisões dependerá das especificidades fáticas do caso concreto. Em algumas circunstâncias, o interesse coletivo dos trabalhadores, afetado pelas medidas adotadas pela empresa em relação à utilização dos aparatos eletrônicos, por exemplo, poderá justificar uma certa restrição aos direitos à intimidade e à privacidade desses mesmos empregados considerados individualmente. Em adição, na ponderação deverão ser respeitados, na maior medida possível, os núcleos dos direitos fundamentais envolvidos. Esses núcleos serão delineados mediante as condições do caso concreto.

8.3 A questão da previsão dos métodos de controle dos empregados no regulamento empresarial, no contrato de trabalho e nos instrumentos coletivos

Deve-se ter cuidado em relação à postura de que o assentimento, ou, ao menos, a ciência do empregado acerca da política da empresa legitimaria a utilização de aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho e o monitoramento indiscriminado de chamadas telefônicas, páginas visitadas na *internet* e *e-mails*.

A doutrina vem apresentando uma certa tendência em levar em conta, no exame de cada caso apreciado, se existe ou não um padrão laboral pré-estabelecido pelo empregador em relação à utilização dos meios eletrônicos, como, por exemplo, verificar se a proibição da utilização do *e-mail* corporativo para fins pessoais está contida no contrato de trabalho ou se existe norma regulamentar da empresa neste sentido, o que tornaria lícitas todas as medidas tomadas pelo empregador que tivessem fulcro em regulamento ou no contrato de trabalho.

Deve-se, contudo, analisar essa questão de forma bastante cuidadosa. A privacidade vem sendo bastante abordada nos regulamentos de empresa, que tradicionalmente contêm “normas relativas aos problemas técnicos inerentes à organização produtiva e disposições sobre o objeto do contrato”.⁸¹⁷

Entretanto, Bruno Lewicki pondera que a inserção de disposições referentes à privacidade no âmbito dos regulamentos internos acompanha a tendência corrente da ampliação dos temas tratados nesses instrumentos, o que se faz por meio de um “onipresente emprego do imperativo”, transformando os regulamentos em autênticos “códigos de conduta”. Escudadas nestes códigos, algumas empresas pretendem legitimar comportamentos que representam violações à privacidade de seus empregados e mesmo de terceiros estranhos a seus quadros.⁸¹⁸

Constata-se que as cláusulas regulamentares, que já são utilizadas por muitas companhias brasileiras, normalmente são unilaterais, ou seja, elaboradas unicamente pelo empregador, o que por si só já seria um aspecto a ser cuidadosamente avaliado. Afinal, a empresa pode estabelecer as condutas que bem entender, sem nenhum respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores e sem nenhum juízo de proporcionalidade entre as medidas de controle e fiscalização adotadas para resguardar o patrimônio empresarial e a restrição aos direitos à intimidade e à privacidade dos empregados.

Por outro lado, ainda que essas cláusulas sejam estabelecidas diretamente no contrato de trabalho, o empregado ao assiná-lo quando de seu ingresso na empresa, pouco ou nenhuma vontade pode manifestar em relação ao conteúdo daquele contrato, sob pena de não conseguir o emprego de que outra pessoa, da extensa fila dos desempregados, indubitavelmente precisará. E mesmo se esse tipo de cláusula for inserida depois, ainda que de acordo com o art. 468, da CLT, sejam consideradas nulas se as alterações do contrato resultarem, direta ou indiretamente, em prejuízo para o empregado, em geral a autonomia do empregado nessa situação é praticamente zerada, pois aqui o que o trabalhador teme é perder o emprego que têm. Ou seja, ainda que essas cláusulas estampem aparentemente uma idéia de mútuo consentimento, na realidade, o que ocorre é apenas a adesão do empregado, em um contrato já pronto, confeccionado pelo empregador.

Segundo Bruno Lewicki, se o uso dos aparatos tecnológicos for ditado apenas pelo talento do empregador, podem resultar na supressão de qualquer margem de intimidade da

⁸¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho, v. 1. 19 ed. atual. por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo> LTr, 2000, p. 1343.

⁸¹⁸ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 163-164.

pessoa no âmbito da empresa, “pois ela se sentirá constantemente observada, mesmo nos momentos de distração e de inatividade que estão naturalmente presentes em qualquer trabalho”.⁸¹⁹

A gravidade de uma cláusula com esse teor é ressaltada quando se constata que as regras dispostas no regulamento empresarial não são efetivamente consideradas normas jurídicas, ou seja, regras gerais abstratas e de cumprimento obrigatório que podem ser revogadas a qualquer tempo, mas, na verdade, são cláusulas obrigacionais que aderem ao contrato de trabalho e que não podem ser modificados, em virtude do disposto no art. 468, da CLT. Dessa maneira, a alteração do regulamento de empresa não atingirá as normas anteriormente estabelecidas a não ser que trate de alteração mais favorável.

Bruno Lewicki ressalta que como os direitos da personalidade são direitos fundamentais indisponíveis, a cláusula geral de invasão de privacidade não pode, em regra, ser tolerada. Nas situações ligadas ao trabalho subordinado, é enorme a disparidade de forças entre os contraentes de forma que ela acaba por privar o “consenso” de grande parte de seu valor substancial. Conclui o autor:

[...] a existência de disposição prevista no contrato (ou ainda daquelas contidas em regulamentos, avisos e circulares) é insuficiente para, por si só, legitimar a medida desejada pelo empregador, ainda que a ciência do funcionário seja indispensável para a validade da medida.⁸²⁰

É indispensável que, nessas situações, quando for submetido à apreciação do juiz do trabalho um caso em que o empregado tenha sido supostamente vítima de lesão em sua intimidade ou privacidade, que o aplicador do direito observe se houve o assentimento do empregado e, ainda que tenha havido, que submeta os interesses em colisão no caso concreto ao juízo de ponderação, esgotando todas as etapas do processo investigatório antes descrito. Só assim o magistrado terá condições de avaliar se o ônus imposto pela medida prevista no regulamento empresarial ou contrato de trabalho terá sido, de fato, inferior ao benefício por ela engendrado, naquele específico caso concreto.

Lewicki frisa que, para determinar corretamente a extensão dos ônus e dos benefícios que serão gerados pela adoção da medida, neste momento o intérprete deve examinar todas as variáveis que possam influir no resultado da ponderação. Serão consideradas, por exemplo, não mais a mera “suspeita”, mas a efetiva diminuição patrimonial que venha acometendo determinado setor da empresa de modo sistemático; a natureza especial da atividade

⁸¹⁹ *Idem*, p. 146.

⁸²⁰ *Idem*, p. 208.

desempenhada (como, por exemplo, a operação de máquinas ou veículos); ou, ainda, a natureza especial da própria empresa.⁸²¹

Repita-se, uma vez mais: como o poder diretivo não é absoluto, pois sofre as limitações do rol das liberdades públicas retro citadas, a subordinação presente no contrato de trabalho não retira do empregado a garantia de seus direitos fundamentais, que nunca se dissociam do indivíduo, acompanhando-o em todas as suas relações.

Atualmente, sobretudo após a entrada em vigência do Código Civil de 2002, os contratos em geral, incluindo o contrato de trabalho, devem exercer uma função social. A adoção da concepção da relação de emprego como forma de contrato (teoria contratualista), acarreta conceber o empregado como sujeito de direito, que figura em um dos pólos da relação contratual. Uma das conseqüências desse entendimento é a busca da equiparação das partes contratantes. Logo, o empregado estaria juridicamente no mesmo nível do empregador, não apenas para compensar sua hipossuficiência mas pelo seu reconhecimento enquanto sujeito de direito, apto a praticar atos jurídicos e com direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Segundo Aldacy Rachid Coutinho, seria então imprescindível que a subordinação se readequasse à função social do contrato. A direção do empregador estaria restrita ao cumprimento do contrato, na exata medida da ordenação do trabalho. Não se trataria de um poder sobre a pessoa do empregado, senão sobre o objeto do contrato, limitado sempre à necessidade de observância da dignidade da pessoa trabalhadora.⁸²²

Deve-se ter em mente que o empregador tem o poder de direção da empresa. Logo, é sua incumbência definir os objetivos a serem traçados pelo empreendimento. Contudo, a dignidade do trabalhador, sujeito de direito, o impede de ultrapassar os limites do exercício de seu poder diretivo, agindo com abuso de direito. O direito de comandar o estabelecimento pelo empregador não pode ser abusivo, pois o abuso de direito é causa de nulidade e sujeito à rescisão contratual em decorrência da inadimplência de um dos pólos da relação, no caso o empregador.⁸²³

Finalmente, as relações contratuais entre empregado e empregador devem ser regidas pela boa-fé objetiva, ou seja, pelo agir com lealdade, transparência, honestidade, na celebração e durante a execução do contrato.

⁸²¹ *Idem*, p. 209.

⁸²² COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato individual de trabalho. In: Transformações do direito do trabalho. COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE, José; GUNTHER, Luiz Eduardo. Curitiba: Juruá, 2001, p. 46.

⁸²³ OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Op. cit.*, p. 657.

Diante dessas constatações e observações, acredita-se que o mais sensato e correto seria que o exercício do poder diretivo em relação à regulamentação, controle e fiscalização fosse socializado com os trabalhadores, pois os próprios sujeitos da relação de trabalho, conjuntamente e melhor do que ninguém, poderão estabelecer uma política de utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho que, ao mesmo tempo, assegure os objetivos da empresa, tais como a proteção do patrimônio empresarial, inclusive do “segredo de empresa”, e a organização do processo produtivo da forma que melhor assegure a competitividade e a sobrevivência econômica, e preserve e respeite os direitos da personalidade do empregado, entre os quais os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregador.

Desse modo, as teorias que justificam o poder diretivo devem ser revistas. Não se pode aceitar que a simples propriedade dos meios de produção, por exemplo, seja suficiente para justificar a violação de garantias fundamentais do indivíduo, asseguradas constitucionalmente.

A própria teoria que defende que o fenômeno do poder empregatício é um direito-função prega que o poder deve ser atribuído ao titular para agir em tutela de interesses da comunidade dos trabalhadores contratados e não em seu exclusivo interesse. Ou seja, o empregador tem direitos, mas também obrigações, entre elas a de respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Maurício Godinho Delgado, entretanto, acredita que essa percepção peca pelo seu unilateralismo, ainda que atenuado, pois os obreiros seriam beneficiados pelas normas que lhes fossem favoráveis, mas não teriam uma efetiva participação na elaboração dessas normas. Por isso, o ilustre Ministro do Tribunal Superior do Trabalho formula a teoria da relação jurídica contratual complexa, segundo a qual o poder intra-empresarial não é um poder exclusivo do empregador mas, sim, uma relação de poder própria da relação de emprego, em que o ideal é a participação dos sujeitos envolvidos no tocante à definição do conteúdo contratual, ou seja, os direitos e obrigações resultantes da pactuação dos sujeitos.⁸²⁴

Para Delgado, “a linha evolutiva do poder intra-empresarial, nos últimos dois séculos, tem crescentemente reduzido a configuração verticalizante, assimétrica, unilateral dessa relação de poder em benefício de uma configuração mais democrática”.⁸²⁵

Dessa forma, diante da concepção do poder como uma relação jurídica complexa, é fácil compreender que a participação dos trabalhadores na forma de organização da empresa pode se dar através dos instrumentos coletivos pactuados por meio de negociação coletiva, da

⁸²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. *Op.cit.*, p. 186-194

⁸²⁵ *Idem*, p. 146.

co-gestão em que os empregados podem criar um regulamento em conjunto com os empregadores e, também, da efetiva presença e participação desses trabalhadores durante os trâmites de fiscalização e controle dos empregados, como, por exemplo, durante uma revista com detector de metais em que o alarme soou, ou no momento da escolha dos *softwares* que irão monitorar quais as páginas da *internet* o empregado visitou ou quais os *e-mails* ele enviou e recebeu sem, contudo, jamais violar o conteúdo das correspondências eletrônicas.

Não se pode olvidar que os acordos e convenções coletivos possuem um excelente potencial para a regulação da questão da privacidade do empregado no ambiente de trabalho, justamente pelo fato de que os sindicatos estariam representando os empregados e desempenhando um ativo papel na defesa de seus interesses. Não obstante, são raros os instrumentos coletivos que tratam da questão do respeito aos direitos da personalidade do empregado, especialmente no que se refere à utilização, pelo empregador, de aparatos eletrônicos.

Ainda no tocante à participação obreira no exercício do poder empresarial, defende-se, outrossim, que os interesses e a opinião dos obreiros sejam levados em consideração na dimensão disciplinar desse poder. Dessa forma, devem ser consensualmente estabelecidas, pela via da negociação coletiva, as regras relativas à aplicação de penalidades aos trabalhadores em caso de prática de atos que prejudiquem os objetivos empresariais, redigidas de forma clara e objetiva no regulamento empresarial, tais como o envio de *e-mails* contendo vírus, com conteúdo pornográfico, com arquivos anexos muito grandes, a ocorrência de furto de instrumentos de trabalho ou de bens produzidos pela empresa detectada por câmeras de vídeo etc. Nesses casos, o poder disciplinar, compartilhado e democratizado, terá condições de estabelecer de forma mais proporcional e justa a relação entre as faltas cometidas pelos empregados e as sanções a serem aplicadas, seja por meio de negociação coletiva ou de comissões internas de empregados, além da possibilidade de prever um procedimento especial para a aferição de faltas, assegurando, sempre, a ampla defesa do empregado e, de preferência, vinculando esse procedimento à consulta a um órgão coletivo obreiro.

Os sindicatos têm, portanto, um importante papel a ser desempenhado junto às empresas, seja na co-participação na elaboração do regulamento de empresa no que tange às políticas de utilização dos aparatos eletrônicos no meio ambiente de trabalho, seja através da fiscalização dos métodos de controle adotados pelos empregadores, por meio do auxílio no uso desses métodos ou por meio da sugestão de locais para a instalação deles. Essa atuação do sindicato visa democratizar o ambiente de trabalho e fomentar a participação dos trabalhadores, o que poderá ser feito inclusive através de negociação coletiva, via acordo ou

convenção coletiva de trabalho, ou por meio de atuação dos empregados em órgãos paritários de gestão empresarial.

No campo dos acordos e convenções coletivos, reside uma grande possibilidade de afirmação do movimento sindical, qual seja, a luta pela inserção de normas que assegurem a defesa da privacidade dos trabalhadores e que afastem métodos de controle ou formas de os utilizar que acarretem lesão à intimidade dos empregados. Segundo Sandra Lia Simón, a atuação sindical deve se pautar pela salvaguarda da tutela do direito de privacidade, posto que “o homem-trabalhador é a principal razão da existência dos próprios sindicatos, cabendo também a estes zelar pelo princípio da dignidade da pessoa humana”.⁸²⁶

Independentemente dos sujeitos que construirão a política de utilização de meios eletrônicos no meio ambiente laboral, deve-se sempre observar a seguinte regra contida no art. 4º da Carta de Caxambu, aprovada no I Congresso Mineiro sobre Justiça Digital e Direito do Trabalho: “Os mecanismos de monitoramento eletrônico no ambiente de trabalho devem ser implantados da maneira mais eficaz à proteção dos direitos à intimidade e à privacidade do trabalhador, com observância do princípio da proporcionalidade no cotejo dos valores constitucionais em questão”.⁸²⁷

Ao lado dos instrumentos coletivos e da participação obreira no exercício do poder empregatício, deve-se ressaltar a importância da tutela coletiva dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos empregados, no tocante à violação ou ameaça de violação dos direitos à intimidade e à privacidade do empregado pela utilização de aparatos eletrônicos pelo empregador no ambiente de trabalho.

Quando o empregado tem os seus direitos da personalidade violados, pode ajuizar reclamação na Justiça do Trabalho pleiteando a devida indenização por danos morais e até materiais, se for o caso, decorrentes dessa lesão de direitos. O empregado, portanto, sempre poderá pleitear judicialmente a justa indenização pela violação de sua intimidade ou privacidade, ainda que tenha assinado um contrato de trabalho com cláusula por meio da qual aceitava se submeter a procedimento (de revista, por exemplo) que lhe causou o dano.

Apesar de poder exercer a tutela individual de seus direitos, Sandra Lia Simón alerta que, quando o empregado busca este tipo de tutela, não se está protegendo o direito, mas tão-

⁸²⁶ SÍMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, p. 204.

⁸²⁷ CARTA de Caxambu, publicada ao final do I Congresso Mineiro sobre a Justiça Digital e Direito do Trabalho, realizado em Caxambu entre dos dias 21 e 23 de agosto de 2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1941&p_cod_area_noticia=ACS>. Acesso em: 19 jan. 2009.

somente tentando-se compensar seu titular pela lesão que sofreu. Para a autora, a tutela individual do direito à privacidade não se apresenta efetiva, pois ao exercê-la:

[...] o trabalhador se expõe, identificando-se, ou, se está num processo de seleção, corre o risco de não ser contratado. Instada em juízo, a empresa, além de negar a existência da lesão, poderá, simplesmente, alegar outro motivo para justificar a não-admissão [...] ademais, o fato constitutivo do direito do empregado seria de difícil prova. Se o trabalhador está prestando serviços, são grandes as chances de ser demitido [...] Percebe-se, portanto, que, embora exista a garantia constitucional do direito de ação, o exercício desta, pelo trabalhador, é “arriscado”, pelo fato de encontrar-se numa relação em que está subordinado juridicamente”.⁸²⁸

Segundo Bruno Lewicki, sem prejuízo da tutela individual e de cunho compensatório, é preciso priorizar uma abordagem coletiva e preventiva para tutelar os direitos da personalidade no ambiente de trabalho, possibilitando que os empregados tenham seus direitos assegurados, permanecendo no emprego sem sofrer quaisquer tipos de pressões e retaliações.⁸²⁹

Nesse contexto, vislumbra-se a importância da utilização da ação civil pública trabalhista, que poderá ser interposta pelos sindicatos ou pelo Ministério Público do Trabalho para pleitear não somente a tutela preventiva e inibitória desses direitos metaindividuais ameaçados de lesão como, também, a tutela reparatória desses direitos.

Dessa forma, quando uma empresa for responsável por um comportamento que represente violação à privacidade de seus empregados, o Ministério Público ou o sindicato poderão, através da ação civil pública, pleitear a sua condenação ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, conforme o caso, bem como à reparação por danos morais individuais de cada trabalhador, dependendo da situação, e simultaneamente, ao ressarcimento pelo dano moral coletivo causado por sua conduta ilícita, caso em que o valor auferido será revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

A indenização pelo dano moral coletivo se justificaria pelo fato de que a dor psíquica individual que alicerça a teoria do dano moral individual cede lugar, no caso da esfera coletiva, a um sentimento de desapareço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade, sendo que só com o reconhecimento da reparação do dano moral coletivo, poder-se-á recompor a efetiva cidadania de cada uma das pessoas.⁸³⁰

⁸²⁸ *Idem*, p. 203.

⁸²⁹ LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 174.

⁸³⁰ RAMOS, André Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, jan./mar. 1998, p. 80-98.

Xisto Tiago de Medeiros Neto, após destacar o avanço legal relativamente à proteção aos interesses de essência moral (extrapatrimonial) e aos direitos coletivos lato sensu, registra:

A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas, para a ordem e a harmonia social, a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato).⁸³¹

O autor defende que o conceito de dano moral coletivo, ao mesmo tempo em que supera os limites do dano moral individual, por não ficar restrito à dor íntima e ao sofrimento, expande-se para abranger “toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade dos seus membros”.⁸³²

Assim, toda vez que se vislumbrar a prática de conduta ofensiva a valores fundamentais compartilhados por uma coletividade, abrangendo “o abalo, a repulsa, a indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva”, configurar-se-á dano moral passível de reparação. Nesse passo, é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo.⁸³³

O Ministério Público do Trabalho poderá, ademais, instaurar inquérito civil para assegurar a observância dos direitos dos trabalhadores, sejam eles individuais, individuais homogêneos, coletivos ou difusos (art. 8º, § 1º,⁸³⁴ da Lei n. 7347/85). O relatório final do inquérito civil poderá concluir pelo ajuizamento da ação civil pública ou pela celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, hipótese em que o *Parquet* poderá celebrar com os interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, cujo termo terá eficácia de título executivo extrajudicial.⁸³⁵

⁸³¹ MEDEIROS, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. São Paulo: LTr, 2004, p. 134.

⁸³² *Idem*, p. 136.

⁸³³ *Idem*, p. 136-137.

⁸³⁴ Art. 8º, § 1º, da Lei n. 7347/85. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

⁸³⁵ Art. 6º, § 6º, da Lei n. 7347/85. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo judicial.

9 CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico alcançado pelo homem, no atual estágio da civilização humana, permite às pessoas usufruírem de inúmeras facilidades em seu dia-a-dia. Os meios eletrônicos, cada vez mais, possibilitam a comunicação rápida e simplificada entre indivíduos, empresas e organizações políticas e governamentais, bem como fomentam o avanço sócio-econômico dos países.

Nesse contexto, as empresas, para se manterem no mercado econômico altamente competitivo, recorrem aos aparatos eletrônicos para facilitar as comunicações intra e interempresariais, para a organização e controle do processo produtivo e, também, para a fiscalização do trabalho prestado pelos empregados.

Os meios eletrônicos mais utilizados pelo empregador e que foram estudados nessa dissertação são os polígrafos (detectores de mentira), os detectores de metais, as câmaras de vídeo, os telefones fixos e celulares e os computadores, que viabilizam o acesso à *internet* e ao *e-mail* ou correio eletrônico.

Ocorre que a utilização desses aparelhos eletrônicos no ambiente de trabalho, por meio do exercício do poder diretivo do empregador, que tem como objetivo garantir a produtividade, a segurança e o patrimônio empresariais, tem suscitado uma série de questões atinentes à violação dos direitos fundamentais dos empregados, entre eles os direitos à intimidade e à privacidade.

O poder diretivo é uma das dimensões do poder empregatício e pode ser definido como as prerrogativas inerentes ao empregador de dirigir, regulamentar e organizar as atividades empresariais e o trabalho dos empregados.

O fundamento jurídico do exercício do poder diretivo do empregador é o contrato de trabalho celebrado com o empregado, que gera, por sua vez, a subordinação jurídica deste. Esse poder tem como fundamentos constitucionais o princípio implícito da liberdade contratual, corolário da autonomia privada – que possibilita à parte escolher se deseja ou não firmar o contrato e com quem o estipular, bem como permite a estipulação do conteúdo do contrato – e o princípio da livre iniciativa, disposto no art. 1º, inciso IV e 170, *caput* – que assegura ao empregador a liberdade na organização do empreendimento, do modo de produção e do trabalho.

A liberdade contratual é conformada pelos princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato que devem reger as relações entre as partes contratantes. A livre iniciativa,

por seu turno, encontra limites em outros princípios constitucionais, como o valor social do trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios norteadores da ordem econômica, entre eles a função social da propriedade.

Um dos principais objetivos do empregador, no exercício do poder diretivo, é proteger o patrimônio empresarial. Dessa forma, a finalidade de tutela aos bens do empregador tem como base constitucional o direito fundamental de propriedade, previsto no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988. Esse direito, não obstante, deve atender a uma função social, ou seja, ser exercido em prol do bem-estar coletivo, tanto dos empregados quanto do empregador.

O direito de propriedade do empregador, em virtude do exercício do poder diretivo, incide direta e imediatamente nas relações de emprego.

Por outro lado, os trabalhadores em geral, enquanto seres humanos, têm direitos que visam proteger o conjunto de caracteres e atributos inerentes à sua condição humana. Esses direitos, denominados de direitos da personalidade, são oponíveis *erga omnes*, intransmissíveis, indisponíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

Os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade são direitos da personalidade que têm matriz constitucional (art. 5º, inciso X) e conferem ao indivíduo a prerrogativa de obstar a intromissão de estranhos na sua vida íntima e privada, como também de impedir o acesso, uso e a divulgação de informações privadas, inclusive em face das inovações tecnológicas. Constituem uma projeção e uma exigência da dignidade da pessoa humana, princípio e valor esculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, pois visam resguardar a liberdade do ser humano. Uma importante dimensão desses direitos é a inviolabilidade de correspondências e comunicações telegráfica, telefônica e de dados, previstas no art. 5º, inciso XII da CF/88.

O direito à privacidade corresponde ao âmbito dos fatos, notícias e manifestações do comportamento que o indivíduo deseja que não se tornem de domínio público, enquanto a intimidade equivale à esfera em que a pessoa, além de não desejar a publicidade das informações e acontecimentos, quer que esses fiquem restritos às pessoas que gozam de sua confiança.

Os empregados, enquanto seres humanos, têm indubitavelmente direitos à intimidade e à privacidade, tanto no âmbito de sua vida pessoal quanto no âmbito profissional. O fato das pessoas trabalharem não lhes retira a personalidade e os direitos que visam protegê-la. Esses direitos, portanto, incidem direta e imediatamente na relação de emprego, que se caracteriza por ser uma relação jurídica assimétrica composta por dois sujeitos: o empregador, que é a

parte mais forte e dirige o processo produtivo e a prestação pessoal dos trabalhadores e o empregado, que aliena sua força de trabalho para receber o salário.

Dessa forma, para amenizar esse desequilíbrio contratual, a relação de emprego está sujeita à incidência de normas de ordem pública previstas nos arts. 6º a 9º da CF/88, na Consolidação das Leis do Trabalho e em outras leis infraconstitucionais, e a mecanismos processuais como a inversão do ônus da prova e a presunção em favor do empregado.

A relação de emprego é, na realidade, uma relação privada em que incidem normas de ordem pública, justamente pelo fato de seus sujeitos constituintes se encontrarem em uma relação de desigualdade jurídica. Em virtude dessa desigualdade, é necessário que a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais individuais nessa relação seja mais intensa, posto que o empregado tem a sua autonomia privada mitigada e, para fazer valer sua vontade, deverá poder exercer os seus direitos fundamentais em face do outro contratante que, por conseguinte, terá sua autonomia privada menos preservada.

Assim, o empregado, ainda que no ambiente de trabalho, possui direito à intimidade e à privacidade, ainda que esses sofram limites decorrentes do exercício do direito fundamental de propriedade e dos princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que o poder diretivo do empregador, que decorre dos princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa e do direito fundamental de propriedade, não é absoluto, encontrando limites ou restrições constitucionais nos direitos fundamentais dos trabalhadores, inclusive nos direitos à intimidade e à privacidade do empregado, esses, por sua vez, são limitados pelo exercício do poder diretivo. Esses limites ou restrições iminentes, previstos na própria Constituição, impedem que os direitos fundamentais de uma pessoa sejam exercidos de forma abusiva, de maneira a vulnerar os direitos fundamentais de outra.

Como esses direitos incidem de forma direta e imediata na relação de emprego, existirão situações em que eles entrarão em colisão, justamente pelo embate entre os limites a serem estabelecidos entre eles. E uma dessas situações ocorre quando são utilizados meios eletrônicos no meio ambiente de trabalho que atentem contra a intimidade e a privacidade do empregado.

A fim de solucionar as colisões entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, de um lado, e o direito de propriedade do empregador, o princípio da liberdade contratual e o princípio da livre iniciativa, de outro, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade e, mais especificamente, a técnica da ponderação de interesses, última etapa do processo que visa balancear princípios constitucionais que se encontrem em colisão.

Os direitos fundamentais são normas com estrutura de princípio, ou seja, normas de estrutura aberta que indicam valores a serem preservados e fins a serem realizados na maior medida possível, dentro dos limites jurídicos e fáticos existentes. Por isso, será possível utilizar o princípio da proporcionalidade – que visa solucionar conflitos entre princípios – nos casos de colisão entre as normas principiológicas da intimidade e da privacidade, de uma parte, e as da propriedade, livre iniciativa e liberdade contratual, de outra.

O princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação de interesses são instrumentos para resolver colisões entre princípios nos casos concretos. Não obstante, em face da utilização dos aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho, várias são as hipóteses que apresentam o mesmo delineamento fático e jurídico, no que tange à colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador, o princípio da liberdade contratual e o princípio da livre iniciativa. Daí a viabilidade de se criar uma sistematização dessas hipóteses, com vistas a possibilitar a solução dos casos de colisão entre as normas principiológicas em tela.

A solução para a colisão entre princípios será buscada através da sua harmonização, de maneira que ambos se mantenham válidos, mas em cada caso concreto um deverá prevalecer, ou seja, ser realizado em maior grau do que o outro.

O princípio da proporcionalidade possui tríplice dimensão, sendo constituído pelos critérios, elementos ou máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação de interesses, como Alexy os denomina. A adequação visa avaliar se o meio utilizado conseguirá satisfazer um determinado interesse, ainda que pela restrição de outro interesse; a necessidade indica que deve-se buscar o meio que menos restrinja um dos interesses com vistas a proteger o outro interesse; e a proporcionalidade em sentido estrito tem como objetivo averiguar se o benefício logrado com a restrição a um interesse compensa o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

O processo de ponderação deve começar pela estipulação do peso genérico de cada um dos princípios colidentes, que influenciará no peso que cada princípio deve assumir no caso concreto. Como os direitos da intimidade e da privacidade são inerentes à condição humana, sendo regidos pelo princípio da dignidade humana, eles possuem sempre um peso genérico maior que o direitos de propriedade, o princípio da livre iniciativa e da liberdade contratual que são normas de índole patrimonial.

Em seguida, deve-se partir para a análise de cada um dos elementos ou critérios da proporcionalidade, sendo certo que nem sempre será necessária a utilização de todos eles para solucionar a colisão entre os princípios.

No que tange ao uso do polígrafo no ambiente de trabalho, a colisão entre as normas principiológicas da intimidade e da privacidade e da propriedade, livre iniciativa e liberdade contratual poderá ser resolvida apenas com o critério da adequação. O polígrafo não se revela meio adequado para o empregador resguardar seu patrimônio e a segurança dos empregados e clientes, pois é método falho que não assegura que o empregado examinado está ou não mentindo, já que ele pode mentir e o polígrafo não detectar, ou não mentir e o polígrafo detectar.

Em relação ao critério da necessidade, constata-se que a realização de revista íntima não se revela necessária para a proteção do patrimônio do empregador, pois existem meios que conseguem o mesmo objetivo, restringindo menos os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, como a revista por detector de metais e o uso de câmeras de vídeo. De qualquer maneira, a realização de revista pessoal com detector de metais também sempre deve se mostrar necessária, ou seja, quando se tratar de empresas cujo resguardo do patrimônio empresarial só possa ter efetivamente sucesso com esse tipo de fiscalização ou empresas que lidem com valores, em prol da segurança dos demais empregados e clientes.

É na análise do terceiro critério da proporcionalidade, ou seja, da ponderação de interesses ou proporcionalidade em sentido estrito, que aparece o maior número de situações de colisão em virtude da utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho. Deve-se avaliar se existe uma correspondência entre os meios adotados pelo empregador para a consecução dos fins, ou seja, se o grau de satisfação dos seus interesses relativos à propriedade privada, livre iniciativa e liberdade contratual causará uma restrição proporcional dos outros interesses em colisão, que são a intimidade e a privacidade do empregado.

A possibilidade jurídica de realização dos direitos à intimidade e à privacidade depende, portanto, de sua interação com o direito de propriedade e com os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual. Quanto maior o grau de não satisfação das normas principiológicas da propriedade privada, da liberdade contratual e da livre iniciativa, maior deve ser a importância em se satisfazer as normas fundamentais da intimidade e da privacidade, segundo a lei da ponderação de Alexy.

A utilização das câmeras de vídeo passa pelo critério da adequação e da necessidade, mas nem sempre passará pelo critério da proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, as câmeras de vídeo não podem ser instaladas em banheiros, refeitórios e locais de descanso, pois haveria uma séria restrição aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado nesses locais sem que o uso de tal aparato se configurasse proporcional para a proteção dos bens da empresa. Ademais, as imagens gravadas não podem ser divulgadas, sob pena de violação ao

direitos de imagem e de privacidade do empregado. Se, por outro lado, o trabalhador é filmado cometendo algum ato abusivo, a prova poderá ser utilizada para ensejar a sua dispensa sem justa causa.

No caso das revistas com detectores de metais, se o detector soar seu alarme, o empregador poderá fazer novamente uma revista pessoal no empregado, pedindo-lhe para retirar, por exemplo, sapatos e casaco, em local separado, mas o trabalhador não poderá ficar em trajes íntimos, pois tal medida, que sem dúvida acarreta uma violação aos direitos da intimidade e da privacidade, por ser excessiva, não se revela proporcional para assegurar o resguardo ao direito de propriedade, da livre iniciativa e da liberdade contratual do empregador.

Em relação ao uso de telefones celulares e telefones fixos, defende-se que, a menos que haja indícios de cometimento de crime, as conversas telefônicas, bem como as mensagens enviadas e recebidas por essa via pelo empregado, não poderão ser alvo de interceptação (gravação de conversa sem o conhecimento de ambos os interlocutores) ou de escuta (gravação com a ciência de um dos interlocutores), em virtude da vedação constitucional à violação de comunicações telefônicas, que somente abre exceção em caso de obtenção de prova em investigação criminal e instrução processual penal. A prova obtida por meios ilícitos será ilícita também, não podendo ser utilizada em juízo para convalidar uma dispensa por justa causa daquele empregado.

Já a gravação da conversa mantida entre o empregado e o seu interlocutor, se consentida por ambos os interlocutores, não configura hipótese de violação das comunicações telefônicas mas pode levar à invasão das esferas íntima e privada do empregado e do terceiro com quem ele se comunica, devendo, portanto, ser tal prática vedada. Essa assertiva não pode ser estendida ao uso do telefone quando este constitui a principal ferramenta de trabalho do empregado pois, nesse caso, a segurança e o controle dos procedimentos realizados e dos serviços prestados pelas empresas aos consumidores deve prevalecer, pelo juízo de proporcionalidade, diante da possível restrição da intimidade dos interlocutores. Para isso, é necessário que o empregado e o terceiro interlocutor tenham ciência de que a conversa será gravada pela empresa. Caso o consumidor não deseje ter a sua conversação gravada, poderá finalizar a chamada.

O rastreamento da origem das chamadas feitas e recebidas e a limitação do tempo de utilização poderá ser feita em se tratando de telefones fixos e celulares fornecidos para uso profissional ou profissional e pessoal, pois haveria proporcionalidade entre a conduta do

empregador para resguardar o seu patrimônio e imagem empresariais e a restrição à privacidade e à intimidade do empregado.

Se o celular do empregado é de uso pessoal, jamais poderá ser submetido a qualquer tipo de controle pelo empregador pois, além de ter sido adquirido pelo trabalhador, é ele quem paga as chamadas telefônicas, não havendo proporcionalidade entre meios e fins, nesse caso. Mas se o empregado estiver utilizando o telefone de maneira abusiva, de modo a prejudicar o desenvolvimento de suas atividades profissionais, o empregador poderá adverti-lo, por exemplo.

Em relação ao *e-mail* corporativo (fornecido pelo empregador para uso profissional ou profissional e pessoal), ao *e-mail* pessoal (de propriedade do próprio trabalhador) e à “navegação” pelas páginas da *internet*, não será nunca possível violar o conteúdo das mensagens, nem realizar monitoração pormenorizada das páginas acessadas, sob pena de violação das comunicações em sistema de telemática e informática – o que é considerado crime pelo art. 10 da Lei n. 9.296/96 – e à intimidade e à privacidade do empregado. O art. 1º, parágrafo único, da citada lei, por analogia, equipara as comunicações telefônicas em sistema de telemática e informática às comunicações telefônicas e restringe a possibilidade de interceptação à investigação criminal e à instrução processual penal, sempre após a prévia autorização judicial. Em outras palavras, a menos que o empregado esteja cometendo ou haja cometido crime, não pode ser requerida autorização judicial para violação de *e-mails* do empregado e de dados veiculados na *internet*.

Será possível, em virtude da proporcionalidade entre a medida tomada pelo empregador para a satisfação de seus interesses e o grau de restrição à intimidade e à privacidade do empregado, o controle das páginas visitadas e do tempo em que o empregado gasta acessando-as, bem como dos destinatários, dos remetentes e dos assuntos dos e-mails, desde que o empregado tenha tido ciência prévia dessa possibilidade. Além disso, existem programas que bloqueiam o acesso a determinados sites e, ainda, impedem o envio e recebimento de *e-mails* cujos endereços dos destinatário e remetentes não sejam autorizados.

Se por meio desses programas de rastreamento ou através de fiscalização pessoal, desde que não haja violação de conteúdo, o empregador descobrir que o empregado esteja exercendo concorrência desleal, repassando vírus para os computadores das empresas ou divulgando, por meio deles, material pornográfico, poderá advertir, suspender ou dispensar o empregado por justa causa, de acordo com a gravidade da conduta do obreiro.

De qualquer forma, deve haver sempre um juízo de proporcionalidade entre a conduta do empregado e a práticas da empresa. Se, por exemplo, um empregado acessa uma vez ao dia

o *site* de seu banco ou manda vez por outra um *e-mail* para sua família, não há nenhuma conduta tão grave que não possa ser tolerada pelo empregador. Afinal de contas, o empregado passa grande parte de seu dia no ambiente de trabalho e é natural e até saudável que possa ter um contato com o mundo externo, desde que não haja abuso nesse tipo de utilização dos instrumentos de trabalho da empresa.

Outra situação relevante se configura quando o empregado usa seu *e-mail* pessoal no horário de trabalho, seja para fins de trabalho ou para fins pessoais, quando esse uso é tolerado pelo empregador. Nessa hipótese, o empregador poderá, no máximo, saber que o empregado acessou a página de seu *e-mail* pessoal mas, jamais, monitorar os endereços para quem o trabalhador enviou o *e-mail* e de quem ele recebeu o correio eletrônico, bem como os anexos e os assuntos das mensagens, sob pena de violar a privacidade e a intimidade do empregado. É claro que o empregado deve agir com razoabilidade, evitando passar muito tempo acessando seus *e-mails* e utilizando a *internet*. Nessa hipótese, se houver abuso do trabalhador, o empregador deverá negociar com seu empregado regras sobre o uso de *e-mail* pessoal no ambiente de trabalho que atendam aos fins empresariais, sem lesar direitos da personalidade do empregado.

Em se tratando de *e-mail* para uso misto, uma solução que preserva a proporcionalidade entre os interesses do empregado e do empregador é que haja uma norma, da qual tenha prévia ciência o empregado, determinando que este deverá separar os *e-mails* profissionais e pessoais em pastas e que só os primeiros serão fiscalizados.

Em uma situação em que haja previsão desse tipo de uso para fins unicamente profissionais, caso o empregado se valha do *e-mail* corporativo para fins pessoais, poderá ser advertido e, em caso de novas reincidências, ser suspenso ou até dispensado por justa causa. Também aqui a proporcionalidade deve ser utilizada para resolver a questão. Se o empregado usa o *e-mail*, de forma moderada, sem restringir os interesses da empresa, não há sentido em sofrer aplicação de penalidade.

É necessário ressaltar que, se o *e-mail* for obtido lícitamente para fim de prova em processo trabalhista, ele deverá conter assinatura digital que vise garantir a integridade e origem do correio eletrônico enviado e recebido, tendo em vista que esse tipo de comunicação é muito fácil de ser interceptada e modificada.

É importante lembrar que, em qualquer situação envolvendo empregado e empregador em que haja necessidade de ponderação, deve-se ter como norte o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador, pois nenhuma ponderação pode implicar na violação dessa dignidade.

Um ponto importante a ser levado em consideração é sobre o perigo das cláusulas de violação da privacidade que são inseridas nos contratos individuais de trabalho e nos regulamentos de empresa, com o intuito de legitimar a utilização de aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho e o monitoramento indiscriminado de chamadas telefônicas, páginas visitadas na *internet* e *e-mails*.

Essas cláusulas são, normalmente, elaboradas exclusivamente pelo empregador, que pode estabelecer, a seu livre arbítrio, medidas de controle e fiscalização que têm a prerrogativa de restringir, sem proporcionalidade aos fins colimados pela empresa, direitos à intimidade e à privacidade dos empregados. O empregado, por outro lado, ao assinar o contrato não poderá contestá-lo, sob pena de não obter o posto de trabalho. E se a cláusula for inserida no curso do contrato, caso o empregado a conteste, poderá perder seu emprego. Dessa forma, a autonomia de vontade do empregado, em geral, é muito reduzida, não havendo espaço para negociar individualmente com o empregador.

Por isso mesmo, ainda que haja previsão desse tipo de cláusula em contrato ou regulamento empresarial, diante de um caso concreto em que haja colisão entre os interesses do empregado e os do empregador em face da utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho, o magistrado deverá se utilizar do juízo de ponderação, avaliando se os benefícios auferidos pela empresa justificam, à luz do princípio da proporcionalidade, restrição dos direitos à intimidade e à privacidade do empregado causada pela medida adotada pelo empregador.

Diante dessas constatações, o melhor caminho para o estabelecimento de uma política de utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho é, sem dúvida, a socialização do exercício do poder diretivo no ambiente de trabalho, pois os próprios sujeitos da relação de trabalho – empregador e empregados, por meio de seus sindicatos – têm, melhor do que ninguém, condições de estabelecer normas que, ao mesmo tempo, assegurem os objetivos da empresa e preservem e respeitem os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado.

Defende-se, portanto, a participação dos obreiros, através de seus sindicatos, no exercício do poder disciplinar para aplicação das penalidades em casos como, por exemplo, o envio de *e-mails* contendo vírus ou conteúdo pornográfico, com arquivos anexos muito grandes, o furto de instrumentos de trabalho ou de bens produzidos pela empresa detectado por câmeras de vídeo etc. O poder disciplinar compartilhado e democratizado terá condições de estabelecer de forma mais proporcional e justa a devida relação entre as faltas cometidas

pelos empregados e as sanções a serem aplicadas, e o procedimento mais adequado para a aferição de faltas, com a garantia de ampla defesa ao empregado.

Essa socialização do poder tem como base duas teorias: a que entende que o poder é um direito-função, ou seja, que ele deve ser atribuído ao empregador para agir em tutela de interesses da comunidade dos trabalhadores contratados e não em seu exclusivo interesse; e a que concebe esse poder como uma relação jurídica contratual complexa, segundo a qual o ideal é a participação dos sujeitos envolvidos no tocante à definição do conteúdo contratual.

A participação dos trabalhadores na elaboração e execução dessas políticas pode se dar através dos instrumentos coletivos, pactuados por meio de negociação coletiva, ou da co-gestão, em que os empregados podem criar um regulamento em conjunto com os empregadores, e, também, da efetiva presença e participação de pelo menos um representante dos trabalhadores durante os trâmites de fiscalização e controle dos empregados, como, por exemplo, no caso das revistas pessoais em que deve haver sempre um colega do empregado examinado durante o momento da revista, a fim de averiguar se não estão sendo cometidas violações à intimidade e à privacidade desse empregado.

Não se pode olvidar que, havendo violação ou ameaça de lesão aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado, ele poderá recorrer à Justiça do Trabalho para obter a reparação dos danos morais e/ou materiais sofridos ou a tutela preventiva ou inibitória correspondente, de modo a fazer cessar a ameaça a seus direitos. Não obstante, esse tipo de tutela individual normalmente é utilizada apenas para fim compensatório e, normalmente, quando já extinto o contrato, já que, no curso da relação de emprego, dificilmente o empregado terá condições de pleitear a tutela preventiva ou ressarcitória, pois quase certamente será por isso dispensado sem justa causa pelo empregador.

Dessa forma, revela-se de grande importância a tutela coletiva e preventiva das violações aos direitos da personalidade no ambiente de trabalho. Através da ação civil pública trabalhista, a ser ajuizada pelos sindicatos ou pelo Ministério Público do Trabalho, poderá ser pleiteada a tutela metaindividual preventiva dos direitos à intimidade e à privacidade ameaçados de lesão ou sua tutela reparatória, no caso desses direitos terem sido violados em massa, possibilitando, assim, que os empregados tenham seus direitos assegurados coletivamente, permanecendo no emprego e sem sofrer quaisquer tipos de pressões e retaliações.

O Ministério Público do Trabalho poderá, ademais, envidar esforços no sentido de convencer os empregadores a celebrar Termo de Ajustamento de Conduta para que deixam de violar os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado, de maneira a

estabelecer normas que impeçam que novas lesões a direitos da personalidade dos trabalhadores ocorram. No caso de descumprimento desse Termo, que constitui título executivo extrajudicial, serão aplicadas as cominações nele acordadas, que poderão ser diretamente executadas pelo *Parquet* na Justiça do Trabalho.

Por derradeiro, é importante ter sempre em conta que, diante da utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho, qualquer situação que envolva a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador – sejam as ações a serem apreciadas pela Justiça do Trabalho, sejam os termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público do Trabalho e, ainda, as políticas de utilização desses aparatos construídas unilateralmente pelo empregador ou em conjunto com os trabalhadores, através de seus sindicatos – deverá sempre se pautar pelo princípio da proporcionalidade no cotejo dos valores constitucionais em questão, tendo-se sempre como parâmetro maior o respeito à dignidade humana do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A **HISTÓRIA** da *internet*. Abacop. Disponível em: <<http://www.abacohp.hpg.ig.com.br/shistdanet.html>>. Acesso em: 13 jun. 2008

ABRANTES, José João Nunes. **A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Direito à intimidade X revista pessoal do empregado. **Revista do TRT da 12ª Região**, Santa Catarina, n. 21, 1º sem. 2005, p. 59-65.

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

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 55 abr./jun. 2006, p. 60-88.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, jul./set. 2003, p. 73-88.

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-304.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005. Tradução de: Zilda Hutchinson Schid Silva.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva

ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (-email) e o poder diretivo do empregador. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.10, n.40, jul./set. 2002, p. 96-121.

AYRES, Marcelo. **Entenda as diferenças entre câmeras de vídeo analógicas e digitais**. Uol Tecnologia. Publicado em 09 ago. 2007, às 8h45min. Disponível em:

<<http://tecnologia.uol.com.br/produtos/ultnot/2007/08/09/ult2880u398.jhtm>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

AYRES, Marcelo. **Entenda o funcionamento de uma filmadora digital**. Uol Tecnologia. Publicado em 9 mar. 2007, às 19h14min. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/produtos/ultnot/2007/03/09/ult2880u323.jhtm>>. Acesso em: 29 mai. 2008

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **RO 00183.2005.195.05.00.4**, 2ª Turma, Rel. Desembargador Cláudio Brandão. Publicação da decisão no DOE em 23 maio 2006.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **RO 00183.2005.196.05.00.4**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Valtércio de Oliveira. Publicação da decisão no DOE em 29 jun. 2006.

BARCELOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118.

BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do poder diretivo. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, v. 15, n. 711, 25 maio 1998, p. 549-554.

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

BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. In: **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997, p. 557-576.

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

BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do Direito Brasileiro. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v.5, n.19, maio/jun. 2003, p.51-80.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BELMONTE, Alexandre Agra. O controle de correspondência eletrônica nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 68, n. 9, set. 2004, p. 1031-1038.

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

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.2, n.7, jul./set. 2001, p. 60-77.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONSOR, Kevin. **Como funcionam os polígrafos**. How stuff works – como tudo funciona. Publicado em 17 jul. 2001 e atualizado em 25 ago. 2008. Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

BRAIN, Marshall. **Como funcionam os telefones**. How stuff works – como tudo funciona. Publicado em 1 abr. 2000 e atualizado em 15 abr. 2008. Disponível em: <<http://informatica.hsw.uol.com.br/telefones.htm>>. Acesso em: 10 maio 2008.

BRASIL, Cyclades. **Guia internet de conectividade**. 7 ed. São Paulo: Senac Editora.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 613/2000.013.10.00.7**, 1ª Turma. Ministro Rel. João Orestes Dalazen. Publicação da decisão no DOU em 10 jun. 2005

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 1232.2005.029.03.40.8**, 4ª Turma. Ministra Relª. Maria de Assis Calsing. Publicação da decisão no DOU em 11 abr. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 761.175/01.6**, 4ª Turma, Ministro Rel. Milton de Moura França. Publicação da decisão no DOU em 10 mar. 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 4999.2006.034.12.40.6**, 5ª Turma, Ministra Relª. Kátia Magalhães Arruda. Publicação da decisão no DOU em 19 set. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 5300/2001-036-12-00.9**, 2ª Turma, Rel. Desembargador convocado Horácio Senna Pires e hoje Ministro do TST. Publicação da decisão no DOU em 27 out. 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-524/2004-092-03-40.9**, 3ª Turma, Rel. Desembargador convocado José Ronald Cavalcante Soares. Publicação da decisão no DOU em 30 set. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-1236/2004-042-02-40.0**, 6ª Turma, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado. Publicação da decisão no DOU em 27 ago. 2008).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-373356/97.0**, 4ª Turma, Ministro Rel. Ives Gandra Martins Filho. Publicação da decisão no DOU em 01 mar. 2002.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 1640/2003.051.01.40.0**, 1ª Turma, Ministro Rel. Vieira de Mello Filho. Publicação da decisão no DOU em 24 out. 2008

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 1649/2001.001.03.00.7**, 7ª Turma, Ministro Rel. Pedro Paulo Manus. Publicação da decisão no DOU em 05 dez. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 2560/2002-066-02-40.4**, 3ª Turma, Rel. Desembargador Convocado Ricardo Machado. Publicação da decisão no DOU em 21 mar. 2007.

BRIDGMAN, Roger. **Eletrônica**. Coleção Aventura na Ciência. São Paulo: Editora Globo, 1994. Tradução: Anna Maria Quirino. Título original: Electronics

CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, v. 20, n.959, mar. 2003, p. 6-13.

CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos *e-mails* corporativos à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v.33, n.127, jul./set. 2007., p. 84-100.

CARNEIRO, José Luís. **Breve história do computador**. Disponível em: <<http://www.jlcarneiro.com/breve-historia-do-computador/>>. Acesso em 14 jun. 2008.

CARTA de Caxambu, publicada ao final do I Congresso Mineiro sobre a Justiça Digital e Direito do Trabalho, realizado em Caxambu entre dos dias 21 e 23 de agosto de 2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1941&p_cod_are_a_noticia=ACS>. Acesso em: 19 jan. 2009.

CARTA de Maringá, publicada ao final do III Congresso Nacional de Direito Eletrônico, realizado entre os dias 20 e 22 de outubro de 2008, na cidade de Maringá. Disponível em: <<http://blog.ibde.org.br/2008/10/25/iii-congresso-termina-com-a-redacao-da-carta-de-maringa/>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

CHAVES, Alaor. Física. **Eletromagnetismo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2001, v. 2.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato individual de trabalho. In: Transformações do direito do trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE, José; GUNTHER, Luiz Eduardo. **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 25-50.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 07 jan. 2009.

DANTAS, Marcos. **A lógica do capital-informação: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002, 268p.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

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

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 6, jun. 2006, p. 657-667.

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

DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1.

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

DRUMMOND, Victor. O correio eletrônico no ambiente laboral e o direito à privacidade. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 57, mar./abr/ 2002, p. 43-47.

DUARTE, Carolina Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador. **Síntese Jornal**, Porto Alegre, v. 5, n. 56, out. 2001, p. 9-15.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de Nelson Boeira.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Poder de direção *versus* direito à privacidade do empregado. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 17, n. 205, jul. 2006, p. 83-107.

EDDINGS, Joshua. **Como funciona a internet**. São Paulo: Quark, 1994, 271 p. Tradução de Túlio Camargo da Silva. Título original: How the Internet works.

ENUNCIADOS da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça, realizado em 23 de novembro de 2007 pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do

Trabalho). Disponível em:
<http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em:
08 jan. 2009.

FARIAS, Valter Nazareno. A função social da propriedade como cláusula geral. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.8, n.32, out. 2007, p. 287-316.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, n. 162, dez/2002, p. 122-153.

FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.19

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FIÚZA, César. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FOLHA Online, de 10 jul. 2001. Disponível em:
<<http://www1.folhaol.com.br/folha/informatica/ult124u6785.sh>>. Acesso em: 30 jun. 2005.

FRANÇA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos – A contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, sem. 1998, p.134-142.

GENEVOIS, Margarida. **Direitos humanos na história**. Disponível em:
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2008.

GOMES, Daniela Alves. Direito à intimidade do empregado. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 41, n. 148/05, 2005, p. 663-666.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 3, n. 5, 2004, p. 73-100.

GONÇAVES, Sérgio Ricardo Marques. **E-mails X empregados: é legal o monitoramento pela empresa?** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2007, jan./mar. 1997, p. 11-27.

GROB, Bernard. **Televisão e sistemas de vídeo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989. Tradução: Juliano Barsali, Marcos Ribeiro Pereira Barreto, Niuton Braga e Paulo Roberto Fernandes. Título original: Basic Television and vídeo systems.

GUBERT, Maria Beatriz Vieira da Silva. O direito constitucional à privacidade e o rastreamento de “e-mails”. **Revista do TRT da 12ª Região**, Florianópolis, n. 21, 1 sem. 2005, p. 81-87.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista de Processo**, São Paulo, v.31, n.141, nov. 2006, p.53-71.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Univesitária - UFC, 1989, p. 69-91.

HARRIS, Tom. **Como funcionam as câmeras fotográficas**. How stuff works – como tudo funciona, 4p. Publicado em 21 mar. 2001 e atualizado em 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://eletronicos.hsw.uol.com.br/cameras-fotograficas.htm>>. Acesso em 10 ago. 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no século XXI**. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 15 nov. 2008.

HISTÓRIA da internet. Abranet. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet/menu.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

HISTÓRIA da Internet. Disponível em: <<http://www.geocities.com/treitrds/>>. Acesso em: 01 jul. 2008.

HOW to mount inexpensive bullet cameras. CCTV Suveillance Discussion. Postado em 27 dec. 2007. Disponível em: <http://www.cctvforum.com/cms_view_article.php?aid=54>. Acesso em: 13 jun. 2008

HOW stuff works – como tudo funciona. Publicado em 21 mar. 2001 e atualizado em 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://eletronicos.hsw.uol.com.br/cameras-fotograficas.htm>>. Acesso em 10 ago. 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de comunicações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. Ryer. **O manual da internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1994. Tradução: Insight Serviços de Informática. Título original: The internet companion.

LAYTON, Julia; BRAIN, Marshall; TYSON, Jeff. **Como funcionam os telefones celulares.** How stuff works – como tudo funciona. Publicado em 14 nov. 2000 e atualizado em 16 abr. de 2008. Disponível em: <<http://informatica.hsw.uol.com.br/celular.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, PUC-RJ, v. 9, n. 16, jan./jul. 2000, p. 40-83.

LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade? **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 3, jan./fev. 2000, p. 72-83.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. **Revista de Direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 8, n. 33, out./dez. 2000, p. 110-124.

LING, Rich. **The mobile connection: the cell phone's impact on society.** San Francisco: Morgan Kaufmann, 2004.

LIPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da *internet*. **Revista LTr**, São Paulo, v. 62, n. 4, abr. 1998, p. 483-486.

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

MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e Direito do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 68, n. 11, nov. 2004, p. 1309-1318 .

MANTOVANI, Camila Maciel Campolina Alves. **Info-entretenimento na telefonia celular:** informação, mobilidade e interação social em um novo espaço de fluxos. 2006. 151 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Informação). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **RO 1072/2003-001-24-00-0**, 1ª Turma, Rel. Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Publicação da decisão no DJMS em 24 nov. 2004.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **RO 01744.2006.027.23.00.4**, 1ª Turma, Rel. Desembargador Tarcísio Valente. Publicação da decisão no DJMS em 20 fev. 2008.

MEDEIROS, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo.** São Paulo: LTr, 2004.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v.31, n.117, jan./mar.2005, p. 204-220.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves considerações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coords.). **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 223-280.

MICRO câmeras. Ativa Webshop. Disponível em: <<http://www.ativawebshop.com/linha-digital/micro-camera-espia-ccd-cmos-mini-espionagem/16>> . Acesso em: 29 jul. 2008

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO-21543/00**, 3ª Turma, Rel. Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires. Publicação da decisão no DJMG em 20 mar. 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 313-1997**, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Alice Monteiro de Barros. Publicação da decisão no DJMG em 5 jul. 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 8146/02**, 7ª Turma, Rel. Desembargador José Roberto Freire Pimenta. Publicação da decisão no DJMG em 13 ago. 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00051.2007.024.03.00.0**, 8ª Turma, Rel. Juiz Convocado Paulo Maurício Ribeiro Pires. Publicação da decisão no DJMG em 20 nov. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00117-2004-044-03-00-3**, 2ª Turma, Relª Desembargadora Alice Monteiro de Barros. Data de Publicação da decisão no DJMG em 25 out. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00205.2004.043.03.00.9**, 5ª Turma, Relª. Juíza Convocada Taísa Maria Macena de Lima. Publicação da decisão no DJMG em 14 ago. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00298-2003-092-03-00-0**, 1ª Turma, Rel. Desembargador Manuel Cândido Rodrigues. Publicação da decisão no DJMG em 30 abr. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00316-2003-092-03-00-4**, 6ª Turma, Relª. Desembargadora Emília Facchini. Publicação da decisão no DJMG em 03 jun. 2004

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO-00317-2003-092-03-00-9**, 5ª Turma, Rel. Desembargador José Roberto Freire Pimenta. Publicação da decisão no DJMG em 05 jun. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO-00318-2003-092-03-00-3**, 2ª Turma, Rel. Desembargador Fernando Antônio de Menezes Lopes. Publicada da decisão no DJMG em 28 abr. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00470.2004.044.03.00.7**, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Alice Monteiro de Barros. Publicação da decisão no DJMG em 30 jun. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00524-2004-092-03-00-4**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello. Publicação da decisão no DJMG em 04 dez. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00530.2005.036.03.00.4**, 6ª Turma, Rel. Desembargador Ricardo Antônio Mohallem. Publicação da decisão no DJMG em 20 out. 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00739-2005-091-03-00-0**, 2ª Turma, Rel. Juiz Convocado Antônio Gomes de Vasconcelos. Publicação da decisão no DJMG em 03 maio 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00789-2007-076-03-00-6**, Turma Recursal de Juiz de Fora, Rel. Desembargador Heriberto de Castro. Publicação da decisão no DJMG em 05 abr. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00937-2007-143-03-00-0**, Turma Recursal de Juiz de Fora. Relª. Juíza Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta. Data de publicação no DJMG em 13 maio 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00962-2007-024-03-00-7**, da 2ª Turma do TRT-3ª Região, Rel. Desembargador Vicente de Paula Maciel Júnior, publicada no DJMG em 21 maio 2008

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 00997.2005.030.03.00.6**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Publicação da decisão no DJMG em 13 maio 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 01508-2003-043-03-00-8**, 5ª Turma, Rel. Desembargador José Roberto Freire Pimenta. Publicação no DJMG em 15 maio 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, título III. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MISTRONGUE, Alessandra Loyola; KERSTEN, Felipe de Oliveira. Invasão de privacidade: a violação de *e-mails* nas relações de trabalho à luz da ordem jurídico-constitucional brasileira. **Revista LTr**, São Paulo, v. 68, n. 3, mar. 2004, p. 310-322.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 1997, v. 3.

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

NOGUEIRA, Ana Lúcia Saugo Limberti. **Limites entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade do empregado no ambiente de trabalho**. 2003. Monografia (Especialização em Direito). Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo.

NOVO, Cátia Guimarães Raposo. A utilização de meios eletrônicos corporativos à luz do princípio da proporcionalidade. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 41, n. 99/05, 2005, p. 447-450.

NOVO Dicionário Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro, 1999.

OLIVEIRA, Euler Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador. **Justiça do Trabalho**: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas, Porto Alegre, v. 22, n. 261, set. 2005, p. 46-56.

OLIVEIRA, Renata Camilo. **O princípio da proporcionalidade**: crítica à ponderação de bens no direito constitucional brasileiro e no alemão, tendo em vista o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito. 2006. 180f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Belo Horizonte.

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

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Direito à intimidade e à privacidade: *e-mail* de empregado. **Revista Gênesis**, Curitiba, n. 21, maio 2003, p. 653-663.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho. **Encarte O Trabalho**, n. 70, dez. 2002, p. 1692.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Diretrizes para a utilização dos meios eletrônicos nos locais de trabalho**. Artigos jurídicos do www.advogado.adv.br. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/meioseletronicos.htm>. Acesso em: 13 fev. 2008.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *E-mail* – invasão de privacidade (Acórdão do TRT da 2ª Região). **Justiça do Trabalho**: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas, Porto Alegre, v.19, n. 222, jun. 2002, p. 85-90.

PARANÁ, Djalma Nunes. **Física**. 5 ed. São Paulo: Ática, 1995. V. único.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 00904-2006-071-09-00-7**, 1ª Turma, Rel. Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicação da decisão no DJPR em 18 set. 2007.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 00967-2005-095-09-00-2**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Luiz Celso Napp. Publicação da decisão no DJPR em 05 dez. 2006.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 02379.2006.673.09.00.6**, 1ª Turma, Rel. Desembargador Edmilson Antônio de Lima. Publicação da decisão no DJPR em 06 jul. 2007

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 02588.2007.020.09.00.6**, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Rosemaire Diedrichs Pimpão. Publicação da decisão no DJPR em 23 set. 2008.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 02624.2005.021.09.00.6**, 4ª Turma, Relª. Desembargadora Sueli Gil El-Rafihi. Publicação da decisão no DJPR em 24 out. 2008.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 0296.2005.002.09.00.4**, 4ª Turma, Relª. Desembargadora Sueli Gil El-Rafihi. Publicação da decisão no DJPR em 19 jan. 2007.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 13043.2005.029.09.00.0**, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Publicação da decisão no DJPR em 16 out. 2006.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 14051.2005.015.09.00.1**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Arnor Lima Neto. Publicação da decisão no DJPR em 10 jul. 2007

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **RO 21883.2004.010.09.00.1**, 2ª Turma, Relª. Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Publicação da decisão no DJPR em 19 set. 2008.

PASETTI, Babyton. O princípio da proporcionalidade e a colisão entre direitos fundamentais. **Revista Ciência e opinião**, Curitiba, v. 1, n. 2/4, jul. 2003 a dez. 2004, p. 125-144.

PENTEADO Júnior, Cássio Martins Camargo. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista CEJ**, Brasília: n. 23, out./dez. 2003, p. 66-72.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. III.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos para a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A**

nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA FILHO, Jorge da Cunha. **O uso do computador.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1986, v. 1.

PEREIRA NETO, Lício de Faria. **Informática – TRE/MG.** Curso Maurício Trigueiro. Belo Horizonte, 2007.

PERES, Marcelo Pereira. **Guia do CFTV – treinamento básico.** Revisão 2.1. Janeiro de 2007, 49 p. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Tradução de: Maria Cristina de Cicco.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **RO 00117.2003.906.06.00.3,** 2ª Turma, Relª. Desembargadora Maria Helena Guedes Soares de Pinho. Publicação no DOE em 03 maio 2003

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **ED 00572.2007.022.06.00.8,** 2ª Turma, Rel. Desembargador Ivanildo da Cunha Andrade. Publicação da decisão no DOE em 23 jan. 2008

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região. **RO 01156.2004.012.06.00.7,** 2ª Turma, Relª. Desembargadora Dione Nunes Furtado da Silva. Publicação da decisão no DOE em 15 jun. 2005.

PEQUENA história da internet. Disponível em: <<http://www.geocities.com/SiliconValley/Hub/5612/apostila/history.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2004.

POLÍGRAFO (máquina "detector de mentiras"). Disponível em: <<http://skepdic.com/brazil/poligrafo.html>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

PONTES, Helenilson Cunha Pontes. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

PORTUGUAL. **Constituição Portuguesa (1976).** Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/co_nstituicao_p02.htm>. Acesso em: 03 jan. 2009.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1988.

RAMOS, André Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1998, p. 80-98.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

REIS, Maurício Caruzo. **Eletrônica de telefone**. Caraguatatuba: Letron, 1994.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na *internet* – uma primeira reflexão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 41, jan./mar 2002, p.151-165.

RICHE, Flávio Elias. **Friedrich Karl von Savigny e a Escola Histórica do Direito**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/flavioriche/Savigny.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO 00131-2003-003-04-00-5**, 3ª Turma, Rel^a. Desembargadora Beatriz Renck. Publicação da decisão no DOE em 02 jun. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO 00168.2007.203.04.00.3**, 2ª Turma, Rel. Desembargador Flávio Portinho Sirangelo. Publicação da decisão no DOE em 19 nov. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO 00294.2007.301.04.00.3**, 9ª Turma, Rel. Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo. Publicação da decisão no DOE em 12 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO 00341.2007.662.04.00.3**, 4ª Turma, Rel^a. Desembargadora Denise Maria de Barros. Publicação da decisão no DOE em 19 dez. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO 00877.2007.003.04.00.2**, 2ª Turma, Rel. Desembargador João Pedro Silvestrin. Publicação da decisão no DOE em 15 ago. 2008.

ROMANO, Cláudio; TODDai, Romeu. **Telefonia Básica**. São Paulo: Brasiliense, 1977.

ROMITA, Arion Sayão. **O poder disciplinar do empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

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

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **RO 00833-2002-029-12-00-7**, 3ª Turma, Rel^a Desembargadora Gisele Pereira Alexandrino. Publicação da decisão no Diário de Justiça em 11 dez. 2003.

SANTOS, Altamiro J. dos. **Direito penal do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Enoque Ribeiro. Limites ao poder disciplinar do empregador. A tese do poder disciplinar compartilhado. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v.19, n. 223, jan. 2008, p. 52-76.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 00512-2006-271-02-00-2**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros, publicado no DOE em 18 jan. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 00735-2002-036-02-00-2**, 10ª Turma, Relª. Desembargadora Vera Marta Públio Dias. Publicação da decisão no DOE em 01 jun. 2004.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 01130.2004.047.02.00.4**, 1ª Turma, Rel. Desembargador Wilson Fernandes. Publicação da decisão no DOE em 28 nov. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 01234.2002.311.02.00.1**, 6ª Turma, Rel. Desembargador Valdir Florindo. Publicação da decisão no DOE em 31 ago. 2004.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 01258-2004-070-02-00-5**, 11ª Turma, Relª Desembargadora Rita Maria Silvestre. Publicação da decisão no DOE em 3 jul. 2008

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 01259-2002-442-02-00-1**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Publicação da decisão no DOE em 11 nov. 2005.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 01275-2003-311-02-00-9**, 6ª Turma, Rel. Desembargador Valdir Florindo. Publicação da decisão no DOE: 14 out. 2005.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 01306-2006-391-02-00-2**, 11ª Turma, Rel. Desembargador Carlos Francisco Berardo. Publicação no DJMG em 05 abr. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 01315-2002-312-02-00-8**, 1ª Turma, Relª. Desembargadora Maria Inês M. S. A. Cunha. Publicação da decisão no DOE: 14 mar. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 02023.2005.047.02.00.4**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Publicação da decisão no DOE em 01 jun. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **RO 2000034734-0**, 6ª Turma, Rel. Desembargador Fernando Antônio Sampaio da Silva. Publicação da decisão no DOE em 8 ago. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. p.152.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

SAWAYA, Maria Regina. **Dicionário de informática & internet**. São Paulo: Nobel, 1999.

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

SERRA, Floriano. **O que toda empresa pode fazer com o videocassete**. 2 ed. São Paulo: Summus, 1983.

SHIRKY, Clay. **Internet**: guia de acesso por correio eletrônico. Rio de Janeiro: Infobook, 1994.. Tradução de Cláudio Costa. Título original: The Internet by email.

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

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e *sites*, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador: abrangência e limitações. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 1, jan. 2006, p. 65-71.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à intimidade do empregado e câmeras de televisão. **Gênesis**, Curitiba, n. 22, jul. 2003, p. 76-85.

SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **A privacidade do trabalhador no meio informático**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4292>>. Acesso em: 10 maio 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O empregador pode monitorar e-mail do empregado? (Debate). **Jornal do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 299, 2005, p. 10-11.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 16, jan./jul. 2000, p. 6-39.

SUBMETER trabalhador a detector de mentira não gera dano moral. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-set-21/passar_detector_mentiras_ao_gera_dano_moral>. Acesso em: 06 jan. 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à CLT**. São Paulo: LTr, [19-].

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19 ed. atual. por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000, v. 1.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil e Constituição**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Seção artigos do professor. Acesso em: 15 nov. 2008.

TECHNICAL guide to network video. Axis Communications, 2008, 85p. Disponível em: <http://www.axis.com/files/brochure/bc_techguide_31469_en_0803_lo.pdf>. Acesso em: 12 de jul. 2008.

TEIXEIRA, Renato Patrício. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. 2000. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

TEIXEIRA FILHO, João Lima. **O dano moral no direito do trabalho**. Revista LTr. São Paulo, v. 60, n. 9, set. 1996, p. 1169.

TELEFONIA móvel celular. Museu do Telefone – Núcleo Memória Telefônica. Disponível em: <<http://www.museudotelefone.org.br/celular.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-54.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: MENEZES, Carlos Alberto (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 303-329.

TYSON, Jeff. **Como funcionam os detectores de metal**. How stuff works – como tudo funciona. Publicado em 05 fev. 2005 e atualizado em 21 fev. 2007. Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/detectores-de-metal.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

TURNER, Lawrence Walter. **Manual básico de eletrônica**. São Paulo: Hemus, [19-]. paginação irregular. Tradução: Ivan Jose de Albuquerque e Norberto de Paula Lima

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, 1º e 2º sem. 2004, p. 50-82.

VIEGAS, Carlos Henrique de Souza. **O Vocabulário e o Esboço de Teixeira de Freitas**. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Viegas-Vocabulario-Esboco-Teixeira-de-Freitas.htm>>. Acesso em: 31 dez. 2008

VIERA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, 180 p.

WHITE, Ron. **Como funciona o computador III**. São Paulo: Quark do Brasil, 1997, 292 p. Tradução: Túlio Camargo Silva. Título original: How computers work.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. O uso do *e-mail* pelos empregados e o direito à privacidade. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 41, n. 153/05, p. 691-693.