

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

EMILIA DANIELA CHUERY MARTINS DE OLIVEIRA

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO E O PODER DIRETIVO DOS
EMPREGADORES FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS
REFLEXOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

CURITIBA

2017

EMILIA DANIELA CHUERY MARTINS DE OLIVEIRA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO E O PODER DIRETIVO DOS
EMPREGADORES FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS
REFLEXOS ECONÔMICOS E SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore

CURITIBA

2017

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Oliveira, Emilia Daniela Chuery Martins de
O48d Os direitos fundamentais do empregado e o poder diretivo dos
2017 empregadores frente às novas tecnologias reflexos econômicos e sociais /
Emilia Daniela Chuery Martins de Oliveira; orientador Marco Antônio César
Villatore. -- 2017
121 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2017

Bibliografia: p.110-121

1. Direito do trabalho. 2. Direitos civis. 3. Relações trabalhistas – Efeito de
inovações tecnológicas. 4. Responsabilidade dos empregadores. I. Villatore,
Marco Antônio César. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.6

EMILIA DANIELA CHUERY MARTINS DE OLIVEIRA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO E O PODER DIRETIVO DOS
EMPREGADORES FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS
REFLEXOS ECONÔMICOS E SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther
UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba

Curitiba, ____ de março de 2017.

Ao meu filho José Elias,
alma de minha alma,
vida da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, pela compreensão e apoio durante todos os momentos.

Aos amigos e colegas, pelo carinho e companheirismo que tornaram leve o percorrer da trajetória para a conclusão deste Curso.

Meu agradecimento especial ao professor Dr. Marco Antônio César Villatore, pela orientação e principalmente pela paciência e gentileza que me foram dispensadas para condução deste trabalho.

À amiga Ana Maria Maximiliano, pelo companheirismo e colaboração.

À Eva Curelo, pela dedicação e atenção dispensadas em prol do seu trabalho na PPGD da PUCPR.

A Deus, pela vida, pelas oportunidades e principalmente pela saúde.

“Mostrar às pessoas que elas são muito mais livres do que pensam, que elas tomam por verdadeiro, por evidentes, certos temas fabricados em um momento particular da história, e que essa pretensa evidência pode ser criticada e destruída.”

(Michel Foucault)

RESUMO

O ponto central da presente pesquisa reside na análise do poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado no ambiente do trabalho, no contexto das novas tecnologias que podem ser usadas para o controle da atividade laboral. O trabalho também enfrenta os reflexos econômicos e sociais no exercício do controle laboral através das novas tecnologias. O desenvolvimento do tema inicia com a abordagem dos direitos fundamentais do empregado, com enfoque no direito à privacidade e à intimidade, cuja afronta fere o princípio da dignidade humana. No decorrer da pesquisa são abordados o poder empregatício do empregador e suas espécies: diretivo, fiscalizatório, regulamentar e disciplinar. É destacado que o poder empregatício se encontra albergado pela legislação vigente, com vistas ao desenvolvimento da atividade laboral. Para a análise do tema proposto, são apresentadas as novas tecnologias que estão fazendo parte das relações laborais: detector de metais em revistas íntimas, câmeras de segurança e vigilância, telefones celulares e fixos, polígrafos, internet e e-mail e *Whatsapp*. Os novos meios tecnológicos vêm sendo usados para o controle da atividade laboral e às vezes do próprio empregado, podendo ocasionar ofensa ao direito à privacidade e à intimidade. A matéria ainda é objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, mas algumas soluções vêm sendo aceitas no meio jurídico sem ofensa ao princípio da dignidade humana do trabalhador, prevenindo reflexos socioeconômicos negativos, o que se verifica no desenvolver do trabalho. A metodologia utilizada para o desenvolvimento da presente pesquisa é bibliográfica, descritiva e dedutiva dialética.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Poder empregatício. Novas tecnologias. Internet. Celular. *Whatsapp*.

ABSTRACT

The focus of this research is the analysis of the managerial power of the employer and the fundamental rights of the employee in the work environment, in the context of the new technologies that can be used to control the work activity. The work also tackles the economic and social consequences in the exercise of labor control through the new technologies. The development of the theme begins with an approach to the fundamental rights of the employee, focusing on the right to privacy and intimacy, which, when affronted, violates the principle of human dignity. On the course of the research the employer's employment power and its species are approached: directive, auditive, regulatory and disciplinary, while it is also emphasized that the employment power is guaranteed by the current legislation, its goal being the development of the labor activity. For the analysis of the proposed theme, the new technologies that are becoming part of labor relations are presented: metal detector frisks, security and surveillance cameras, mobile phones and landlines, polygraphs, internet and e-mail and whatsapp. These new technological means are being used to control the work activity and sometimes the employee him/herself, which might constitute cause of offense to the right to privacy and intimacy. The matter is still the subject of doctrinal and jurisprudential discussions, but some solutions have been accepted in the legal environment without offense to the principle of human dignity of the worker, preventing negative socioeconomic reflexes, a topic which is verified in the development of this work. The methodology used for the development of this research is bibliographic, descriptive and deductive dialectic.

Key-words: Fundamental rights. Employment power. New Technologies. Internet. Mobile phone. *WhatsApp*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
art.	artigo
CFTV	Circuito Fechado de Televisão
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Coord.	Coordenador
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ed.	edição
Ed.	Editor
EMBRATEL	Empresa Brasileira de Telecomunicações
etc.	<i>et cetera</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ISBN	<i>International Standard Book Number</i>
LAN	<i>Local Area Network</i>
nº	número
NBR	Norma Brasileira Regulamentar
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
Org.	Organizador
p.	página
PUCPR	Pontifícia Universidade Católica do Paraná
RNP	Rede Nacional de Pesquisa
SAC	Serviço de Atendimento ao Consumidor
trad.	Tradutor
TST	Tribunal Superior do Trabalho
WAN	<i>Wide Area Network</i>
www	<i>World Wide Web</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	PODER DO EMPREGADOR	16
2.1	O PODER	16
2.2	O PODER NAS RELAÇÕES LABORAIS.....	19
2.2.1	Poder Regulamentar.....	23
2.2.2	Poder Fiscalizatório	24
2.2.3	Poder Disciplinar	25
2.2.4	Poder Diretivo	27
2.3	PODER HIERÁRQUICO.....	30
2.4	PODER E SUBORDINAÇÃO	30
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
3.1	DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
3.2	A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DO TRABALHO	41
3.3	DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	46
3.4	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	51
3.4.1	Princípio da boa-fé.....	53
3.4.2	Princípio da razoabilidade	55
3.4.3	Princípio da proporcionalidade.....	56
3.4.4	Princípio da proteção	56
3.5	DIREITO À VIDA PRIVADA.....	58
3.6	DIREITO À INTIMIDADE	60
3.7	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A ÓTICA DO TRABALHADOR E SUA PROTEÇÃO	62
4	NOVAS TECNOLOGIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO: REFLEXOS ECONÔMICOS E SOCIAIS.....	67
4.1	AMBIENTE DE TRABALHO.....	67
4.2	NOVAS TECNOLOGIAS E O CONTROLE DA ATIVIDADE LABORAL	69
4.2.1	Tecnologia e meios eletrônicos.....	70
4.2.2	A revista íntima e os detectores de metais	71
4.2.3	Câmeras de vídeo	79

4.2.4	Polígrafos	83
4.2.5	Internet e correio eletrônico	85
4.2.6	Telefones fixos e celulares	95
4.2.7	<i>WhatsApp</i>	100
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
	REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consiste na identificação das novas tecnologias utilizadas no ambiente de trabalho para o controle da atividade laboral, que por sua vez alteram as relações laborais emitindo reflexos econômicos e sociais. A subordinação do empregado e o poder diretivo do empregador são requisitos intrínsecos do contrato de trabalho, cujas consequências podem refletir positiva ou negativamente na vida particular do indivíduo e também no meio socioeconômico de um país.

A evolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas permitiu à humanidade o encurtamento de distâncias, aproximando pessoas e apresentando oportunidades. As máquinas evoluíram de mecânicas e elétricas para eletrônicas. As mudanças vão dos simples aparelhos domésticos para a revolução dentro das indústrias. O aspirador de pó pode ser programado e trabalha como um robô autônomo, as máquinas industriais cortam e costuram sozinhas, o elevador identifica a digital do proprietário do apartamento, os jogos são digitais e podem ter seus participantes em locais diversos, e assim por diante. Mas a maior revolução ocorreu na comunicação através da telefonia, inicialmente, e após, de forma avassaladora, com os computadores e a internet.

A internet globalizou o mundo apresentando informações e conhecimento em tempo real, ligando continentes, internacionalizando contatos e pessoas. Essa revolução tecnológica proporcionou o desenvolvimento das atividades econômicas gerando maior produção com melhor eficiência.

A inserção das novas tecnologias no ambiente de trabalho foi necessária para o desenvolvimento empresarial e facilitou o exercício das funções do empregado. Por outro lado, as tecnologias também permitiram ao empregador exercer o controle sobre as atividades do empregado. O controle algumas vezes poderá ser feito por câmeras (equipamentos audiovisuais) e em outros através dos meios de comunicação como celulares, computadores, etc.

O ponto central da presente pesquisa reside na identificação dessas novas tecnologias utilizadas no ambiente de trabalho para o controle da atividade laboral e seus reflexos econômicos e sociais. Empregado e empregador possuem direitos fundamentais albergados pela Constituição de 1988. De um lado está o empregador que tem preservado o seu direito de propriedade e livre iniciativa e, de outro, o empregado, devendo ter preservados o seu direito à intimidade e à privacidade. Num primeiro momento parecem direitos distintos e preservados

na relação de trabalho, no entanto, em outro, esses direitos podem se confrontar, levando a uma perda, seja para um ou para outro.

No primeiro capítulo está abordado o poder nas relações laborais, cuja prerrogativa é dada ao empregador, com o objetivo de direcionar e organizar a atividade empresarial para que possa alcançar as metas a que se destina. A esse poder dá-se o nome de poder empregatício, podendo ser classificado como: poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar e poder diretivo. O poder regulamentar permite ao empregador instituir regras internas de princípios e condutas, que deverão ser seguidas pelo empregado. Pelo poder fiscalizatório ou de controle o empregador adquire a faculdade de fiscalizar e controlar o empregado durante a sua jornada de trabalho e na execução de suas tarefas. No exercício do poder disciplinar o empregador pode vir a punir o empregado, nos limites da legislação vigente, se houver descumprimento do regulamento da empresa, norma coletiva e da legislação. O poder diretivo, em seu sentido estrito, concede ao empregador a capacidade de ordenar a prestação laboral por regras administrativas e técnicas propostas para a atividade desempenhada.

O poder e a subordinação estão diretamente relacionados ao se tratar de Direito do Trabalho. A subordinação é uma situação jurídica oriunda do contrato de emprego, levando o trabalhador a acatar as determinações ditadas pelo empregador, pressuposto necessário para a existência de uma relação empregatícia.

O segundo capítulo está reservado para a abordagem dos direitos fundamentais, os quais são divididos em dimensões. Os direitos fundamentais de primeira geração objetivam a proteção do indivíduo em seus interesses particulares (direito à vida, à liberdade, à propriedade e à participação política); os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais que abrangem a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Os direitos fundamentais de terceira dimensão visam à solidariedade humana pela união dos cidadãos, de forma a eliminar qualquer espécie de discriminação.

Numa divisão mais recente, estão acrescentados os direitos fundamentais de quarta, quinta e sexta dimensões. Os direitos fundamentais de quarta dimensão estão ligados à ciência e suas manifestações, preservando-se o direito ao patrimônio genético e todas as suas manifestações. Objetiva também, através de políticas públicas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e a garantia de acesso universal e igualitário a ações de preservação da saúde. A quinta dimensão dos direitos fundamentais abrange os direitos que

envolvem a tecnologia, em específico a cibernética e a informática, e seu estudo ainda é recente dado o rápido desabrochar das novas tecnologias e seus programas, em especial a internet. Na sexta dimensão dos direitos fundamentais se encontram os direitos relacionados à globalização, sendo o objetivo a promoção dos direitos à democracia, à informação correta e ao pluralismo.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é ponto fundante da pesquisa e também resta abordado no segundo capítulo. A eficácia vertical existente nas relações entre o Estado e os particulares, em que o Estado se obriga a respeitar os direitos fundamentais do indivíduo contra investidas do próprio poder público, bem como o dever do Estado de garantir os direitos fundamentais do indivíduo contra investidas de terceiros, não se aplica às relações de trabalho. Os direitos fundamentais são aplicáveis entre particulares, e assim são consideradas as relações de trabalho, de forma a evitar a violação de direitos fundamentais do empregado pelo empregador, sendo que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é a eficácia horizontal.

A análise se estende à abordagem do princípio da dignidade humana, o mais notável alicerce da construção dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca de cada ser humano, e, para reconhecer sua violação, o ato deve ser grave o bastante para gerar consequências reparadoras. Alguns elementos orientam para o reconhecimento da gravidade da ofensa: intangibilidade, inviolabilidade e inalienabilidade.

Os princípios da boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade, embora sejam princípios aplicados a outros ramos do Direito, convivem harmoniosamente com o Direito do Trabalho e possuem coerência com o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da boa-fé caracteriza uma regra de conduta, objetivando a preservação de valores éticos. Pelo princípio da razoabilidade, aplicado com o princípio da boa-fé, é possível o alcance da justiça. Incluído no rol dos princípios analisados neste trabalho está o princípio da proporcionalidade, que permite a resolução das situações em que haja colisão entre normas, de forma justa e coerente.

O direito à vida privada e o direito à intimidade são direitos fundamentais albergados pelo princípio da dignidade humana e, como tal, se estendem às relações de trabalho e suas consequências econômicas e sociais. O primeiro ponto da análise foi desenvolvido na diferenciação entre vida privada e intimidade, destacando-se que a intimidade é o mais íntimo do indivíduo, onde ele guarda seus segredos mais íntimos, e que a ninguém é dado o direito de invadir. A vida privada alberga o núcleo constituído da intimidade, mas em seu espaço restante são guardadas as informações que o indivíduo tem sobre si, e que podem ou não ser expostas a terceiros, conforme seu critério íntimo. No redor da vida privada se encontra a vida

pública do cidadão, e esta é de conhecimento de todos. Em relação ao trabalhador, este tem o direito de que sua vida privada e intimidade não sejam acessadas pelo empregador. E caso isso ocorra, a violação é passível de reparação de danos.

As novas tecnologias utilizadas pelo empregador para o desenvolvimento e controle da atividade empresarial são apresentadas no terceiro capítulo. A primeira exposição trata da revista íntima e dos detectores de metais e, na sequência, são abordadas as câmeras de vídeo em ambientes de trabalho. Outra forma de controle trazida ao estudo foram os polígrafos. Considerada a área da comunicação, foram explorados a internet e o correio eletrônico (e-mail) nas relações de trabalho, tanto como instrumento de trabalho, como quanto de controle. Como um dos mais populares aparelhos eletrônicos, o telefone (fixo ou celular) não poderia deixar de ser incluído no presente estudo, pois conforme a atividade empresarial, ele é considerado o principal instrumento de trabalho. A relação de novas tecnologias finaliza com o *hit* do momento, o *WhatsApp*.

O levantamento de quais são as novas tecnologias que influenciam diretamente no controle da atividade laboral e suas características foi o ponto fundamental para a geração do material que contribuiu para a elucidação do questionamento da pesquisa: o empregador pode exercer o controle da atividade laboral sem ofender direitos fundamentais do empregado e ocasionar reflexos econômicos e sociais?

A importância do presente estudo se encontra no equilíbrio na utilização das novas tecnologias no ambiente de trabalho, sem que ocorra ofensa aos direitos fundamentais do empregado, e de forma a evitar reflexos econômicos e socioeconômicos negativos dentro destas relações laborais. A matéria levantada neste trabalho ainda é objeto de árduas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, no entanto, ao longo do terceiro capítulo esclarecem-se as situações em que há possibilidade do controle patronal em cada uma das novas tecnologias abordadas na pesquisa, bem como as devidas consequências econômicas e sociais. A metodologia aplicada para o desenvolvimento do estudo é bibliográfica e descritiva.

O presente trabalho se insere na linha de pesquisa do Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental da PUCPR, na Área de Concentração de Direito Econômico e Desenvolvimento. Através da exposição do tema, fica demonstrado o papel da empresa e do Estado como mecanismos de regulação da atividade econômica, por sua forma de organização jurídica. As relações de trabalho são pressupostos para o desenvolvimento das atividades econômicas e o crescimento da produção. Os problemas contemporâneos, e aqui estão inseridas as novas tecnologias no ambiente de trabalho, deve atender os direitos e deveres,

tanto do empregado, quanto do empregador, sem perder de vista as necessárias relações econômicas e sociais. Dentro desta área de concentração se encontra a linha de pesquisa Direitos Sociais, Desenvolvimento e Globalização, na qual foi desenvolvido o trabalho com uma investigação multidisciplinar das implicações no sistema econômico, e na garantia dos direitos fundamentais sociais. Este tema se reflete no mercado de trabalho e na reestruturação produtiva pelas novas formas de organização laboral, tendo em vista as novas tecnologias que vêm tornando o mundo cada vez mais globalizado.

2 PODER DO EMPREGADOR

2.1 O PODER

Nos primórdios das relações humanas já se vivenciava o poder. Por vezes seu exercício não era nominado, mas era praticado. Em alguns momentos da história foi sinônimo de sofrimento e, em outros, de heroísmo. Por muitos foi praticado de forma velada e por outros se revelou explicitamente. Gerou guerra e paz, escravidão e liberdade. Alimentou e matou. O mesmo poder que deu abrigo, também o tomou.

O poder transita em todas as esferas do conhecimento humano e se transmuta em várias formas, sem deixar de ser “poder”.

Maurício Godinho Delgado esclarece que o fenômeno do poder vai além da Filosofia Política e da moderna Ciência Política, e não fica restrito às relações do *zoon politicon*, integrado a uma sociedade política. O poder possui múltiplas dimensões, nas relações sociais e interindividuais, pois as pessoas vivenciam relações hierárquicas e assimétricas com a sociedade e com seus pares.¹

Com facilidade se visualiza o fenômeno do poder como elemento central nas relações entre duas ou mais pessoas e entre grupos sociais maiores, passando a ser componente relevante para o desenvolvimento da humanidade.² Em uma análise mais ampla a respeito do poder, Octavio Bueno Magano afirma que o seu conceito se encontra permeado nas ideias da “posse, da força, da vontade, da obediência e da influência”.³

O poder, como fenômeno, não pode ser analisado sem que se passe pela visão filosófica. Em análise do pensamento de Platão (428-347 a.C.), o poder se justificaria pelo seu intento de promoção da justiça, objetivando o bem comum, e ressaltando que somente os sábios poderiam governar, o que exclui o cidadão comum da vida política. Platão entendia que o poder deve ficar na mão dos sábios, e aqui se entenda os próprios filósofos, detentores do método dialético, o que levaria ao alcance da verdade absoluta pela promoção da real justiça.⁴

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p. 27.

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 663.

³ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p.1.

⁴ SILVA, José Otacílio da. **O poder político na visão de Tocqueville: um diferencial entre antigos e modernos**. Disponível em: < <https://www.espacoacademico.com.br/075/75silva.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

Na tipologia do poder feita pela teorização filosófico-política na antiguidade ocidental, o filósofo mais influente foi Aristóteles (384-322, a. C.), que classificava o poder em três tipos: “o paterno (“autoridade doméstica”, vinculando pai e filho), o senhorial (“poder de amo”, vinculando senhor e escravo) e o poder civil ou político (vinculando governantes e governados)”⁵. Aristóteles também reconhecia que a participação da vida política somente poderia ser destinada à classe política constituída dos homens do saber.⁶

Na antiguidade romana, o chefe supremo do grupo familiar, denominado *pater familias*, exercia um “poder político e jurisdicional” naquela entidade. O Estado não adentrava na esfera familiar, o que revela um poder limitado. Dentro da entidade familiar o poder era exercido pelo homem na qualidade de marido e pai, e suas determinações eram lei dentro do lar, lhe cabendo inclusive definir em quem seus membros votariam dentre outros mandos. No mesmo período havia também o trabalho de escravos, considerados propriedades de seus amos.⁷

Ainda na Roma antiga haviam os chamados “trabalhadores livres”, cuja força de trabalho era arrendada (*locatio operarum*). Eles eram comandados pelo credor do trabalho (*conductor*). Mesmo esse poder sendo uma faculdade dada ao *conductor* e esta relação diversa da relação de trabalho, quando exercido, restringia a liberdade do trabalhador, despertando um vínculo de sujeição.⁸

A manifestação do poder na contemporaneidade vai muito além da exercida pelo Estado, não tendo este qualquer exclusividade. O poder está presente em toda a sociedade civil, e em especial nas relações sociais e laborais.

Para Norberto Bobbio, que analisa o poder através da filosofia política, “o poder foi apresentado sob três aspectos, à base dos quais se podem distinguir as três teorias fundamentais do poder: a substancialista, a subjetivista e a relacional”. A interpretação substancialista do poder é feita por Hobbes, para quem o poder consiste dos meios que cada homem possui para o seu exercício e que tais meios emergem de sua própria natureza como a força e a inteligência, ou ainda através de meios adquiridos, como a riqueza. Bertrand Russel acompanha Hobbes, e entende que o poder consiste na produção de efeitos desejados, assumindo três formas: poder físico ou construtivo, poder psicológico e poder mental. O poder físico ou construtivo se identifica com o poderio militar, enquanto as ameaças de punição ou

⁵ DELGADO, Maurício Godinho, 1996, *op. cit.*, p. 29.

⁶ SILVA, José Otacílio da, *op. cit.*

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. 2. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: LTr, 1994, p. 546.

⁸ *idem*.

ainda as promessas de recompensas caracterizariam o poder psicológico. Por fim, o poder mental que seria exercido através da persuasão e da dissuasão.⁹

A interpretação subjetivista apresentada por Bobbio está relacionada à capacidade da pessoa de obter certos efeitos, ou seja, “o soberano tem o poder de fazer as leis e, fazendo leis, de influir sobre a conduta de seus súditos”. O autor identifica o poder subjetivista nos estudos de Locke. Já a interpretação relacional de poder é a mais aceita no discurso político contemporâneo, pois entende o poder como sendo uma “relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria”.¹⁰

O conceito de poder para Max Weber está relacionado à questão da dominação, em que aquele que conseguir impor sua vontade sobre a vontade alheia tem o poder. Para Weber, o poder advém de uma relação social, considerando-se esta como sendo a amizade, a hostilidade, a economia ou a política.¹¹

Em uma reflexão contemporânea do fenômeno do poder é necessário considerar o seu caráter multidimensional inerente à sua própria configuração concreta. Para Mauricio Godinho Delgado, o fenômeno do poder transita por um maior número de relações sociopolíticas (poder paternal, poder senhorial e poder civil/político) e com maior intensidade. O conceito de poder e suas características diferem de outras épocas, não só porque as situações experimentadas se modificaram, mas também em virtude da atual Democracia vir revestida de cidadania, o que passou a interferir na vida civil e política do ser humano e seus conceitos.¹²

O poder está presente em todas as dimensões sociais, consequência de uma atuação multifacetária advinda da emergência de novos sujeitos no plano societário: “são os movimentos sociais que se concretizam no movimento operário, no movimento socialista, de associações de bairro, etc., abrangentes do fenômeno político”.¹³

Várias são as formas negativas de imposição do poder: ela pode ocorrer por uma força coercitiva interna ou externa expressada pela violência; pela capacidade de imposição de uma situação ameaçadora ou de situações constrangedoras, dolorosas, desagradáveis, dos pontos de vista moral, pecuniária ou física. Este formato de exercício do poder pode levar o

⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 77.

¹⁰ *ibidem*, p. 77-78.

¹¹ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 211.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 52-53.

¹³ MARCANTONI, Christopher. **Teoria do poder: a sustentabilidade e os limites internos e externos do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2012, p. 33.

indivíduo à submissão pelo medo. Há ainda situações que refletem a força do poder, que, ainda que amparadas legalmente, objetivam uma represália.¹⁴

Neste sentido, percebe-se que o poder é inerente às relações humanas. Mostrando-se multidimensional, este fenômeno não passa despercebido nem por filósofos, nem por juristas, estando presente com suas inúmeras formas, em todas as relações sociais. Em alguns momentos se apresenta displicente, mas em outros demonstra toda a sua força.

As relações laborais são exemplo claro de relações sociais e como tal estão sob a ingerência do Poder, como será demonstrado no subtítulo seguinte.

2.2 O PODER NAS RELAÇÕES LABORAIS

A justiça social é um dos pontos fundantes da Constituição de 1988¹⁵, que apresenta em seu artigo 1º, IV, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, e o objetivo fundamental de “construir uma sociedade justa e solidária”, com o fim almejante de erradicar a pobreza e a marginalização pela redução de desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, I e III). No artigo 5º, XXII e XXIII, a Constituição reconhece o direito à propriedade, bem como que esta atenderá a sua função social.

Na mesma medida em que a Constituição de 1988 reconhece o sistema capitalista, e, por consequência, a propriedade privada dos meios de produção, também determina que essa propriedade atenda à sua função social, atingindo a sua função ambiental. A forma em que o constituinte 1987/1988 colocou a propriedade como direito fundamental, num regime de livre-iniciativa, foi feita em consonância com os princípios da valorização do trabalho e do emprego, atendendo ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Em análise à livre-iniciativa e ao lucro, Mauricio Godinho Delgado afirma:

É inconstitucional, para o Texto Máximo da República, a antítese “o lucro *ou* as pessoas”. A livre-iniciativa e o lucro constitucionalmente reconhecidos – e, nessa medida, protegidos – são aqueles que agregam valor aos seres humanos, à convivência e aos valores da sociedade, à higidez do meio ambiente geral, inclusive o meio ambiente do trabalho.¹⁶

¹⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p. 16.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho e o novo expansionismo juslaboralista: o conceito de subordinação estrutural**. In: FREDIANI, Yone; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 37.

A Constituição de 1988 elenca os princípios gerais da atividade econômica no Capítulo I, do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), dispondo que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por fim preservar a todos os cidadãos uma existência digna. Dentre os princípios previstos no artigo 170¹⁷, destacam-se para este trabalho os seguintes: o princípio da propriedade privada, princípio da função social da propriedade e o princípio da livre concorrência.

O poder também se manifesta nas relações de trabalho pelas prerrogativas dadas ao empregador para que possa direcionar e organizar a prestação de serviços de forma a alcançar seus objetivos. Inicialmente, o exercício do poder patronal era realizado através da coerção, que foi sendo lentamente expurgada do conceito de poder empregatício, quando se passou a reconhecer que essa relação se justificava precisamente pelo pagamento pecuniário feito pelo empregador ao empregado que dispendeu sua energia para atingir os resultados desejados.

O poder empregatício é um dos mais relevantes efeitos do contrato e, como bem definido por Maurício Godinho Delgado, “consubstancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviços pactuada”.¹⁸

No Direito do Trabalho, o poder empregatício se manifesta na relação jurídica pelos poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar, e está amparado pelo artigo 2º¹⁹ da Consolidação das Leis do Trabalho²⁰.

Para atingir os objetivos pretendidos, é fundamental que as unidades produtoras, independente do seu potencial econômico, tenham uma organização hierárquica, o que conseqüentemente levará à submissão do empregado enquanto durar o vínculo contratual.²¹

Enoque Ribeiro dos Santos conceitua o poder empregatício como sendo:

as prerrogativas que derivam inclusive da índole constitucional (livre iniciativa) que atribuem ao empregador o direito de livre organização empresarial, desde a ideia inicial de seu empreendimento (projeto de criação) até a consolidação do negócio em todas as suas fases, e na seara trabalhista, o poder de estruturar funcional e

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho, 2013, *op.cit.*, p. 618.

¹⁹ Art. 2º. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

²⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acessado em: 07 jul. 2016.

²¹ PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1991, p. 9.

hierarquicamente as relações internas entre o trabalho e o capital, inclusive a elaboração do regulamento de empresa.²²

A situação dentro de uma relação jurídica em que as partes definem seus interesses e objetivos pode delimitar para quem nasce a submissão, bem como a divisão social do trabalho. Não resta dúvida de que o campo de atuação de poder está diretamente vinculado à situação relacional que ocorre entre as partes.²³

Para Nico Poulantzas:

[...] o poder em si não é uma quantidade ou coisa que se possua, nem uma qualidade ligada a uma essência de classe [...] O poder referido às classes sociais é um conceito que designa o campo de sua luta, o das relações de força e das *relações* de uma classe com uma outra [...] A capacidade de uma classe em realizar seus interesses está em oposição à capacidade (e interesses) de outras classes: *o campo do poder é portanto estritamente relacional.*²⁴

O poder empregatício ou poder intraempresarial também já foi denominado como poder hierárquico. A expressão poder hierárquico encontra-se superada pela doutrina porque traz em si um aspecto de “rigidez incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno intraempresarial de poder”. Segundo Maurício Godinho Delgado, a expressão poder intraempresarial, ou poder empregatício, é mais acurada para se pronunciar em relação aos chamados poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar.²⁵

Analisando os poderes do empregador dentro do sistema econômico vigente, Nadia Regina de Carvalho Mikos e Marco Antônio César Villatore afirmam que:

O sistema capitalista depende e defende a livre iniciativa como corolário do processo desenvolvimentista, razão pela qual os agentes econômicos devem se utilizar do cabedal legislativo à sua disposição para a organização empresarial. Dentro dessa organização, encontram-se os poderes concedidos ao empresário, destacando-se não somente aqueles relativos à organização do trabalho (contratação, extinção, qualificação, estipulação do serviço, fixação da remuneração), mas também com relação à escolha do setor de atividade e demais atos que propiciem o alcance do objetivo empresarial.²⁶

²² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinar compartilhado. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 19, n. 223, p. 52-76, jan. 2008, p. 55.

²³ COUTINHO, Aldacy Rachid, *op. cit.*, p. 14.

²⁴ POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1990, p. 168.

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 665.

²⁶ MIKOS, Nadia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César. **Poderes do empregador: do uso ao abuso e suas consequências socioeconômicas**. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org.). **Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015, p. 79-86.

Os poderes derivados do poder empregatício não são uma unanimidade entre os autores. Para Octávio Bueno Magano, a divisão originária do poder organizacional se faz em poder diretivo *stricto sensu* e poder disciplinar.²⁷ Arnaldo Süssekind reconhece os poderes de direção e de comando, de controle e de aplicação de penalidades disciplinares.²⁸

Considerando o disposto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho²⁹, em análise ao poder empregatício, o empregador, portanto, possui, com relação aos seus empregados, um direito potestativo de organizar, dirigir e controlar a sua empresa, decorrente de uma relação de subordinação (relação de trabalho).

A aferição pelo empregador do poder empregatício não se configura enquanto agente econômico, mas somente a partir do momento em que se torna de fato empregador, dado que há agentes econômicos sem empregados. A subordinação jurídico-financeira, característica da relação laboral, concederá o poder empregatício ao empregador em razão de sua assunção aos riscos do negócio.³⁰

Quando se refere à diferenciação e à classificação dos poderes empregatícios, Maurício Godinho Delgado afirma que o poder diretivo é gênero, do qual o poder fiscalizatório, regulamentar e disciplinar são espécies, sendo o poder diretivo pressuposto do poder disciplinar, ressaltando que o poder de controle é somente uma simples manifestação do poder diretivo.³¹

O poder de direção, para Marco Antônio César Villatore e Roland Hasson, divide-se em: organização, controle e disciplina. Esclarecem os autores que a organização está representada pelo poder de se organizar do empregador, enquanto o poder de fiscalização fica vinculado ao controle, por exemplo, verificação do e-mail, revista nos empregados, etc. A disciplina dá ao empregador a possibilidade de aplicar punições, como advertência, suspensão, etc.³²

Por todos esses fundamentos, conclui-se de forma prática que o poder diretivo do empregador, e aqui como sinônimo de poder intraempresarial ou poder empregatício,

²⁷ MAGANO, Octavio Bueno, *op. cit.*, p. 54.

²⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições do direito do trabalho**. v. I, 21. ed. atual. São Paulo: LTr, 2003, p. 243.

²⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acessado em: 07 jul. 2016.

³⁰ MIKOS, Nadia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César, *op. cit.*, *loc. cit.*

³¹ DELGADO, Maurício Godinho, 1996, *op. cit.*, p. 178.

³² VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland. **Análise comparativa da limitação do poder de controle do empregador frente aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado sem prejuízo à atividade econômica**. In: MENEZES, Wagner. (Coord.). Estudos de direito internacional: anais do 5º congresso brasileiro de direito internacional. v. XI. Curitiba: Juruá, 2007, p. 53-65.

subdivide-se em poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar e poder diretivo em sentido estrito.

Considerando que o presente trabalho analisa justamente a relação entre o poder diretivo de empregador e os direitos fundamentais do empregado, torna-se imprescindível uma análise mais esmiuçada de cada um deles e de seus reflexos dentro da relação empregatícia.

2.2.1 Poder Regulamentar

O poder de regulamentação envolve os atos regimentais instituídos pelo empregador, pelos quais são estabelecidos os princípios e normas de conduta que devem ser seguidos pelos empregados no espaço empresarial.

O exercício do poder regulamentar é inicialmente representado pelo regulamento da empresa, que deve estar de acordo com o ordenamento jurídico pátrio e o ordenamento de classe pelos contratos coletivos³³. O poder regulamentar empresarial se resume a produzir cláusulas contratuais, que se restringem às daquela relação jurídica, produzindo efeitos de cláusulas obrigacionais, não se equiparando a normas jurídicas.

Os diplomas produzidos (regulamento empresarial) passam a ser obrigatórios somente para aquele empregador específico, sendo constituídos de regras gerais lícitas, abstratas, impessoais e de cumprimento obrigatório, possuindo um “universo restrito de aplicação”. Conforme afirma Maurício Godinho Delgado, são normas que “resultam, em geral, do exercício unilateral da vontade do empregador, faltando-lhes, pois, o caráter dialético que tende a caracterizar as normas jurídicas”, razão pela qual são tratadas somente como cláusulas contratuais.³⁴

No momento do exercício do poder organizacional ou regulamentar, o empregador segue regras legais e mercadológicas, sendo difícil a realização de algum abuso no exercício do seu poder diretivo. Na aplicação das regras, o empregador define as atividades de cada função e a divisão de trabalhos na execução dos serviços. Da organização da atividade dependerá o sucesso do empreendimento.³⁵

³³ MESQUITA, Luiz José. **Direito disciplinar do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, p. 264.

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho, 2013, *op. cit.*, p. 668.

³⁵ MIKOS, Nadia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César. , *op. cit.*, *loc. cit.*

Considerando que o regulamento empresarial é simples fonte produtora de cláusulas contratuais, àquele não se aplica “o critério geral de revogação de normas jurídicas” previsto em nosso ordenamento pátrio.³⁶

É pelo poder regulamentar do empregador é que se torna possível a externalização das intenções e metas objetivadas pela empresa, e sua concretização.

2.2.2 Poder fiscalizatório

O empregador, com o poder de controle ou poder fiscalizatório, adquire a faculdade de fiscalizar e controlar o empregado durante a sua jornada de trabalho, tendo como objetivo verificar se as atividades estão sendo executadas, conforme determinado no contrato de trabalho e de acordo como os objetivos da empresa.³⁷

Para Jair Teixeira Reis, o poder de controle da atividade laboral é representativo da subordinação jurídica do empregado, e o aumento desse controle por novas tecnologias vem reforçando ainda mais “a subordinação do trabalhador à distância, atingindo a vida privada deste, sendo que, em alguns casos, a subordinação pode estar presente de forma muito mais aparente do que em um trabalho realizado nas dependências da empresa”.³⁸

Maurício Godinho Delgado cita algumas medidas de controle do empregador como “controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas”.³⁹

O poder fiscalizatório do empregador não é ilimitado. A Constituição de 1988 trouxe regras e princípios que rejeitam as condutas fiscalizatórias que venham a ofender a liberdade e a dignidade da pessoa natural do trabalhador, dentre eles a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º., *caput*), a de que “ninguém será submetido (...) a tratamento desumano e degradante” (art. 5º., III) e a regra geral que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º., X, CRFB)”.⁴⁰

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit., loc. cit.*

³⁷ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo**. São Paulo: LTr, 2009, p. 72.

³⁸ REIS, Jair Teixeira. **Subordinação jurídica e o trabalho à distância**. São Paulo: LTr, 1994, p. 87.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit., loc. cit.*

⁴⁰ *ibidem*, p. 670.

Para Nádia Regina de Carvalho Mikos e Marco Antônio César Villatore, o poder sobre o controle do trabalho do empregado ocorre pela “estipulação de metas operacionais, do controle de cumprimento dos contratos comerciais que encerram sua atividade econômica, no trato com fornecedores e clientes”. Ressaltam que esse é um momento em que o abuso do poder empregatício pode se manifestar no intento de evitar prejuízos da atividade econômica.⁴¹

O poder fiscalizatório também é abordado por Michel Foucault:

(...) trata-se agora de um controle intenso, contínuo; corre ao longo de todo o processo de trabalho; não se efetua – ou não só – sobre a produção (natureza, quantidade de matérias primas, tipo de instrumentos utilizados, dimensões e qualidades dos produtos), mas leva em conta a atividade dos homens, seu conhecimento técnico, a maneira de fazê-lo, sua rapidez, seu zelo, seu comportamento. (...) é realizado por prepostos, fiscais, controladores e contramestres. À medida que o aparelho de produção se torna mais importante e mais complexo, à medida que aumentam o número de operários e a divisão do trabalho, as tarefas de controles se fazem mais necessárias e difíceis. Vigiar torna-se então uma função definida, mas deve fazer parte integrante do processo de produção; deve duplicá-lo em todo o seu comprimento. Um pessoal especializado torna-se indispensável, constantemente presente, e distinto dos operários (...).⁴²

O poder fiscalizatório tem como corolário a preservação do patrimônio do empregador por meio da análise do desempenho e da produtividade do corpo laboral no exercício de suas funções.

O poder de fiscalização do empregador não é absoluto, e a sua limitação se apresenta através dos direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles os da personalidade, no qual está inserido o direito à vida privada e à intimidade.

2.2.3 Poder disciplinar

O poder disciplinar, também denominado poder punitivo, franqueia ao empregador a faculdade de aplicar punição disciplinar aos empregados quando houver descumprimento de regras pertinentes ao contrato de trabalho estabelecido, do regulamento da empresa, da norma coletiva e da legislação.

⁴¹ MIKOS, Nadia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César. , *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 156-157.

Segundo Rubia Zanotelli Alvarenga, “o direito disciplinar se manifesta pela possibilidade de execução de sanções ou faltas disciplinares aos trabalhadores cujo comportamento se revele incompatível com os seus deveres profissionais”.⁴³

O poder disciplinar, tal qual a democratização da sociedade política ocidental, também foi atingido pelo processo da democratização, tendo reconhecida sua característica própria, e não apenas como extensão do poder de direção.⁴⁴

Para Amauri Mascaro Nascimento, existem duas correntes doutrinárias que se contrapõem ao poder disciplinar em nosso ordenamento jurídico:

Um nega o poder disciplinar por entender que, sendo a relação de emprego um contrato entre dois sujeitos, se um deles pode, o outro também poderia exercer o mesmo poder. O empregado também o exerceria sobre o empregador. Outro fundamento está no monopólio do direito de punir, que é do Estado e não dos particulares, inexistindo, portanto, um direito disciplinar privado. Segundo essa concepção, só o Poder Público está investido da prerrogativa de punir por meio dos seus órgãos.⁴⁵

O próprio sistema apoia o poder sancionador da empresa, e ao empregado exercer o seu direito de se dispor contra esta situação pode levar à extinção do seu vínculo empregatício. Existe um condicionamento perpetrado nesta relação laboral que pode ser exercido pela autoridade, pela liderança, pela reputação ou ainda pela influência. A quem é dado o exercício desse poder tem o respaldo que lhe é garantido documentalmente.⁴⁶

O poder regulamentar a princípio se apresenta de forma positiva, organizando a prestação de serviço do trabalhador e dando a este o conhecimento dos seus limites. O regramento também traz o equilíbrio entre os próprios empregados para uma maior socialização e respeito. Por outro lado, algumas regras impostas pelo empregador podem exceder a normalidade e trazer problemas e constrangimentos ao empregado, por exemplo quando determina o horário e o tempo para o funcionário ir ao banheiro.

Arion Sayão Romita destaca a importância de se ter uma limitação ao poder disciplinar e enfatiza que “se o direito do trabalho é favorável a uma limitação dos poderes de direção econômica do chefe da empresa, com mais razão há de mostrar-se ele favorável à

⁴³ ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. O poder empregatício no contrato de trabalho. In **Revista Trabalhista e Previdenciária**. Editora IOB: São Paulo, v. 21, nº. 250, abril, 2010, p. 70.

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 672.

⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 277.

⁴⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid, *op. cit.*, p. 24.

limitação do poder disciplinar que, na maioria de suas manifestações práticas, põe em jogo a personalidade do trabalhador”.⁴⁷

A limitação do poder disciplinar pode ser feita através da via legislativa, ou ainda, por meio das negociações coletivas, modo pelo qual o poder perde o seu caráter discricionário para adquirir características justas, de forma a proteger o empregado.⁴⁸

O poder disciplinar, que será exercido pelo empregador após o descumprimento de algum regulamento, seja ele interno ou não, é uma forma de resguardar a própria atividade empresarial e o ambiente de trabalho. Essa forma de disciplina deve resguardar os direitos fundamentais do trabalhador, não podendo ser exercida sem limites. Parte desses limites são albergados pela legislação, outros deverão ser previstas em negociações coletivas para que o empregado seja resguardado em seus direitos, principalmente para que não haja ofensa à dignidade da pessoa humana.

2.2.4 Poder diretivo

O poder diretivo decorrente do contrato de trabalho dá ao empregador o direito de organizar e de cuidar de sua atividade econômica de produção, por comandos técnicos, que estejam relacionados somente à maneira de trabalhar, sendo que estes não representam a sujeição pessoal do empregado.

Para Christopher Marcantoni:

(...) historicamente, o poder diretivo nasce de uma relação senhorial pessoal, haja vista a sujeição entre trabalhador e credor do trabalho, muito embora, contemporaneamente essa noção de sujeição seja repudiada. Importa salientar que essa sujeição refletia, muitas vezes, em abusos por parte do credor do trabalho em razão do trabalhador, extrapolando os limites de uma mera relação jurídica laboral.⁴⁹

Nos termos do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁰, o empregador tem o amparo legal para dirigir a prestação pessoal de serviços. Para que haja um poder de direção, inicialmente deve ser exercido o poder organizacional, pelo qual serão definidas as funções e

⁴⁷ ROMITA, Arion Sayão. **O poder disciplinar do empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 204.

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁹ MARCANTONI, Christopher. **Teoria do poder: a sustentabilidade e os limites internos e externos do poder diretivo do empregador**. Dissertação (Mestrado) Disponível em: <file:///C:/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20MESTRADO/artigos%20usp/11%20Christopher%20TEORIA%20DO%20PODER%20A%20SUSTENTABILIDA%20E%20OS%20LIMITES%20INTERNOS%20E%20EXTERNOS%20DO%20PODER%20DIRETIVO%20DO%20EMPREGADOR.pdf>. Acesso em: 05/07/2016.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acessado em: 07 jul. 2016.

cargos, bem como as condições de trabalho a serem exercidas pelos empregados para o desenvolver da atividade, nos limites do contrato. Os poderes estão interligados na sua execução: para que seja possível o exercício de controle, é necessário que anteriormente se tenha uma organização definida e regrada, e, ainda, paralelamente se apresente o poder disciplinar, para que haja possibilidade de o empregador punir o empregado que não cumprir com as normas da instituição.⁵¹

O dever de obediência, para Aldacy Rachid Coutinho, não vem como cláusula expressa no pacto laboral encetado, bem como não tem uma relação direta com o empregador, embora seja o representante da empresa que exerça o poder diretivo. Esse dever de obediência se apresenta como elemento jurídico que caracteriza a relação empregatícia. Para a autora, negar a existência desse elemento seria o mesmo que desconstituir a própria identidade.⁵²

Ao tratar do poder de direção, Dinaura Gomes ensina que a vontade do empregador se sobrepõe à do empregado para que possa dirigir a atividade contratada por ordens diretas, indiretas, visíveis e invisíveis, conforme reconhecido pelo artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho⁵³, tendo em vista que assume os riscos da atividade empreendedora. Gomes ainda esclarece que na “*contraface* desse poder, a subordinação do trabalhador se externa por meio de sua integração na empresa e no cumprimento das diretrizes e terminações recebidas”, destacando que essa subordinação não pode interferir na vida pessoal do trabalhador.⁵⁴

Para Maurício Godinho Delgado:

A concentração do poder de organização faz-se na figura do empregador. Isso se explica em face do controle jurídico, sob diversos ângulos, que o empregador tem sobre o conjunto da estrutura empresarial e em face também do princípio de assunção dos riscos do empreendimento que sobre ele recai.

Entretanto, há ressalvas no tocante a essa concentração. É que a democratização da sociedade política ocidental e a própria democratização do sistema de poder prevalecente dentro da empresa podem levar a um contingenciamento desse poder organizativo e de comando no que diz respeito à relação de emprego. Embora essas conquistas democratizantes apenas timidamente tenham alcançado a experiência juspolítica brasileira, não se pode negar a possibilidade de seu desenvolvimento histórico no país.⁵⁵

⁵¹ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144.

⁵² COUTINHO, Aldacy Rachid, *op. cit.*, p. 31.

⁵³ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acessado em: 07 jul. 2016.

⁵⁴ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Poder diretivo do empregador e a preservação da saúde do empregado: um perfil analítico da realidade contemporânea à luz dos direitos humanos e fundamentais**. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antonio, coordenadores. *Responsabilidade civil nas relações de trabalho: reflexões atuais: homenagem ao professor José Affonso Dallegrave Neto*. São Paulo: LTr, 2015, p. 75-87. p. 81.

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 666.

O poder diretivo possui um duplo aspecto, sendo primeiro o poder de organização, definido como sentido amplo, através do qual o empregador define a estrutura técnica e econômica da empresa, incluindo as metas; o segundo aspecto (sentido restrito) refere-se à “capacidade do empresário ordenar a prestação laboral através de normas de caráter técnico-administrativas”.⁵⁶

Valverde, Gutiérrez e Murcia, a respeito do conteúdo do poder de direção, asseveram:

*El poder de dirección es de contenido complejo, constituido en realidad por distintas facultades inter-relacionadas entre sí. La primera de ellas es la facultad de dictar instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento de la empresa y sobre la prestación laboral en la misma, que se extiende a materias muy variadas referidas a la actividad laboral, como horarios de trabajo, calendario laboral, turnos, sistema retributivo, medidas de control, medios de seguridad y otras muchas; la pretensión posterior de cambio de tales instrucciones puede quedar sometida a las normas legales de modificación de condiciones de trabajo (...). Por otro lado, el poder directivo comprende también la facultad de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador o a un grupo de trabajadores sobre el contenido y las circunstancias de su trabajo.*⁵⁷

O desenvolvimento equilibrado e harmonioso da sociedade depende do reconhecimento da importância do valor social do trabalho, fator este que pode ser o equilíbrio do exercício do poder diretivo dentro da legalidade, evitando seu abuso.⁵⁸

Embora os poderes do empregador, em suas quatro espécies, estejam inseridos no contrato de trabalho, o seu exercício não poderá violar os direitos fundamentais do trabalhador, em especial, os relativos à sua personalidade, à sua vida, à integridade física, à privacidade, à honra, à imagem e à integridade moral.

⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 558.

⁵⁷ VALVERDE, Antonio Martín; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García. **Derecho del trabajo**. 24 ed. Madri: Editorial Tecnos, 2015. p. 256. “O poder de direção possui conteúdo completo, constituído na realidade por distintas facultades inter-relacionadas entre si. A primeira delas é a facultade de ditar instruções gerais sobre a organização e o funcionamento da empresa e sobre a prestação laboral na mesma, que se estende a matérias mais variadas relacionadas a atividade laboral, como horários de trabalho, calendário de trabalho, turnos, sistema punitivo, medidas de controle, meios de segurança e outras muitas; a pretensão posterior de mudar tais instruções pode restar submetida à legislações modificadoras das condições de trabalho (...). Por outro lado, o poder diretivo compreende também a facultade de ditar ordens e instruções particulares a um trabalhador ou a um grupo de trabalhadores sobre o conteúdo e as circunstâncias de seu trabalho.”

⁵⁸ MIKOS, Nadia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César, *op. cit.*, *loc. cit.*

2.3 PODER HIERÁRQUICO

Além dos poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar, segundo Luiz José de Mesquita, haveria o poder hierárquico do empregador, o qual lhe seria conferido por conta da situação de superioridade em relação ao empregado, que estaria como subordinado na condição de prestador de serviços.⁵⁹

Sobre o denominado poder hierárquico, Marco Antônio César Villatore e José Aparecido dos Santos esclarecem que:

A ideia de sujeição pessoal e hierárquica como fundamento da relação de trabalho, herdeira de nossas tradições escravagistas, amoldou-se perfeitamente ao sistema industrial que se procurou criar a partir de 1930. É que a organização das empresas que se adotava no processo de industrialização de todo o mundo (fordismo) adaptava-se muito bem à ideia de hierarquia, e a prestação de serviços em um ambiente concentrado favorecia o estabelecimento de relações pessoais, marca de nossa experiência social.⁶⁰

Maurício Godinho Delgado⁶¹ e Eugênio Hanzenreder Júnior⁶² entendem que a expressão “poder hierárquico” tem conotação pejorativa, evocando severidade excessiva, não compactuando com as ideias contemporâneas das relações de trabalho.

O termo “poder hierárquico” encontra-se superado pelo ordenamento jurídico, cuja terminologia utilizada na atualidade seria “poder empregatício” ou “poder diretivo”.

2.4 PODER E SUBORDINAÇÃO

O dever de subordinação do empregado e o poder diretivo do empregador possuem uma linha tênue que os separa, e na qual reside o perigo de afronta ao direito da personalidade do trabalhador, em específico à dignidade humana. A relação entre poder e subordinação no Direito do Trabalho trilhou novos caminhos a partir da Constituição de 1988, trazendo para este contexto o princípio da dignidade humana.

⁵⁹ MESQUITA, Luiz José, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁰ SANTOS, José Aparecido dos; VILLATORE, Marco Antônio César. “Trabalho e corpo: sujeição do trabalhador e privacidade.” *In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. 2008, p. 7.

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 664.

⁶² HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68.

Ao reportar-se ao poder, Aldacy Rachid Coutinho destacou que o enfoque de análise deve ser sobre a força do poder, pois não há espaço para usar o poder pela da força, sem que se fira a dignidade da pessoa:

A força do poder – não o poder pela força – apoia-se em determinado resultado ou efeito que se apresenta *retificado* como um mal, ou *purificado* como um bem ou, então, por meio de um *condicionamento* que leva a um real ou suposto consenso.⁶³

O conceito de subordinação, tradicionalmente dominante, amparado pela legislação, é o que compreende a subordinação como uma situação jurídica, oriunda do contrato de emprego, em razão do qual o trabalhador deve acatar as determinações impostas pelo empregador, que vêm albergadas pelo poder diretivo empresarial. O dever de obediência se apresenta como pressuposto lógico e necessário da existência de uma relação de emprego.

Para Amauri Mascaro Nascimento, a subordinação no contrato de trabalho revela-se como sendo uma “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”.⁶⁴

Maurício Godinho Delgado critica a aplicação desse conceito tradicional a todas as relações de trabalho, sustentando que esse conceito somente se refere à “*subordinação clássica* (ou *subordinação tradicional*)”. Afirma que a subordinação clássica aborda somente uma dimensão da subordinação, não tendo alcance a todas as “potencialidades e materialidades do fenômeno subordinativo”.⁶⁵

Delgado entende ainda que a subordinação se apresenta em três dimensões: clássica, objetiva e estrutural. Esse novo reconhecimento vem dos fenômenos sociais que ao longo dos séculos se alteraram e, conseqüentemente, também mudaram a realidade das relações de trabalho⁶⁶. O autor sustenta que a subordinação clássica se posiciona paralelamente à subordinação objetiva, e que esta é uma noção ampliativa do elemento subordinação que integra a relação de emprego, podendo ser representada por uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa.⁶⁷

⁶³ COUTINHO, Aldacy Rachid, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho e o novo expansionismo juslaboralista: o conceito de subordinação.** In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho. FREDIANI, Yone; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). São Paulo: LTr, 2015, p. 45.

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho, 2013, *op. cit.*, p. 295.

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho, 2015, *op. cit.*, p. 45.

Para Alice Monteiro de Barros, “a par da participação integrativa do trabalhador na atividade empresarial ele deverá estar sujeito ao poder diretivo e disciplinar conferido ao empregador”.⁶⁸

Para Evaristo de Moraes Filho:

[...] não há dúvida que dentro do seu estabelecimento é o empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: o regime capitalista, sobre o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário do seu negócio, julgando-se por isso, o senhor do céu e da terra. Tudo mais que se quiser escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar [...].⁶⁹

A desigualdade econômica e jurídica entre os polos do contrato de trabalho é fato. O direito tutela o empregado de forma a minimizar os efeitos causados pela diferença econômica, mas mesmo assim o empregado deve juridicamente obediência e fidelidade ao seu empregador, o que o leva a uma situação de submissão à vontade e às determinações deste que detém o poder de dirigi-lo, controlá-lo, fiscalizá-lo, e, por fim, puni-lo.⁷⁰

Na dimensão da subordinação estrutural, a principal característica é que o empregado está estruturalmente vinculado à “dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços”, não havendo necessidade de que o trabalhador se harmonize com os objetivos do empreendimento, nem tampouco que receba ordens diretas das chefias do tomador de serviços. Para Delgado, essa nova posição é o reflexo da própria expansão do Direito do Trabalho e nesta classe se encontram os empregados terceirizados (atividades-meio). O fenômeno subordinação possui um caráter multidimensional.⁷¹

A subordinação jurídica está para o empregado assim como o poder hierárquico – diretivo – está para o empregador. Dessa forma, para bem realizar o seu papel, o empregado deve ser conduzido, guiado e, por que não dizer, comandado de acordo com os objetivos do seu patrão ou da sua empresa.

São as duas faces da hierarquia: se, por um lado, o empregador dirige a prestação dos trabalhos, ao empregado cabe o dever de obedecer. A atuação do poder disciplinar se faz presente quando o dever de obediência é descumprido.

O poder disciplinar existe em potência. Ele é subjacente e inerente à relação contratual e pode ser exercitado a qualquer momento. Sem a prerrogativa dada a um dos

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 246-247.

⁶⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1976. p. 397

⁷⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid, *op. cit.*, p. 26.

⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho, 2013, *op. cit.*, p. 297.

sujeitos da relação de emprego – o empregador – não há trabalho subordinado e, portanto, contrato individual de trabalho.⁷² O instrumento do empregador para a utilização da força de trabalho subordinado seria o contrato de trabalho, o qual, em troca, reconhece o pagamento do salário pelo serviço. A partir deste contrato de trabalho o empregado passa a ser subordinado ao poder de comando patronal.⁷³

Essas modificações que vem ocorrendo por reflexo dos fenômenos sociais e que afetam diretamente o Direito do Trabalho, além de serem percebidas pela doutrina e jurisprudência, também alcançaram o legislador, como se vê na nova redação dada ao *caput* do artigo 6º⁷⁴ da CLT, e o acréscimo de um novo parágrafo único, pela Lei nº 12.551, de 15 de julho de 2011.

A reformulação do artigo 6º da CLT e o acréscimo do parágrafo único demonstram que houve incorporação dos conceitos de *subordinação objetiva* e de *subordinação estrutural*, e, com estas inclusões, passou-se a equipará-las com a subordinação tradicional para efeitos de reconhecimento da relação laboral. A extensão das modificações ocorridas reflete sua importância quando se reconhecem que os trabalhos a distância, que utilizando meios telemáticos e informatizados de comunicação entre empregado e empregador, também são subordinados para efeitos do contrato de trabalho.

Independente do tipo de prestação de serviço que será definida no pacto laboral realizado e em qual dimensão de subordinação estará inserido, é preciso lembrar as palavras de Alice Monteiro de Barros ao referir-se aos limites da subordinação: “não significa sujeição ou submissão da pessoa do empregado em relação à pessoa do empregador. (...) essa assimilação é incompatível com os preceitos constitucionais de liberdade e igualdade”.⁷⁵

Resta evidente a razão pela qual a legislação reconheceu o direito patronal ao poder diretivo. Além de ser o possuidor, e muitas das vezes, o diretor do estabelecimento empresarial, a ele cabe o dever de comandar e projetar o desenvolvimento das atividades e

⁷² D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A subordinação no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 28.

⁷³ *idem*.

⁷⁴ Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011). Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011). BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 02 dez 2016.

⁷⁵ BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, *loc. cit.*

ainda visionar os resultados. A ausência desse controle poderia levar ao caos, pois “toda nau precisa de um comandante”.

Isabele Bandeira de Moraes D’Angelo, ao tratar da relação da subordinação jurídica e do contrato de trabalho, afirma que este confere o poder a uma das partes, que seria o empregador, para poder dirigir a atividade de outro, que seria o empregado. O empregado, na condição de elemento humano de produção, em razão da subordinação jurídica, perde a sua autodeterminação passando a desenvolver uma atividade dirigida.⁷⁶

A doutrina predominante reconhece que a subordinação se manifesta como elemento da relação de emprego, sendo inerente à locação de serviços – relação de emprego, em que o empregado disponibiliza a sua força de trabalho em favor do empregador. Ao empregador competem os riscos da atividade econômica, razão pela qual a ele também competirá a organização e a direção dessa atividade. Pode-se dizer que o contrato individual de trabalho é “a materialização das obrigações atinentes ao trabalho subordinado”.⁷⁷

A subordinação, ainda que seja um pressuposto para a existência do contrato de trabalho, e aparentemente reflita uma imagem de inferioridade em relação ao poder diretivo do empregador, há muito perdeu esse caráter. Está reconhecido que a subordinação deve caminhar ao lado do poder diretivo, dado que a subordinação atua sobre o modo da realização da prestação de serviço e jamais sobre a pessoa do trabalhador. Desta forma, preserva-se a dignidade da pessoa humana na relação laboral.

⁷⁶ D’ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁷ *ibidem*, p. 30.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais trilharam um longo caminho de mutações no decorrer da história da humanidade até chegar aos nossos dias. Foram influenciados pela evolução da civilização humana ao mesmo tempo em que nasceram para a sua proteção.

No entender de Norberto Bobbio, os direitos fundamentais são direitos históricos:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁷⁸

Tem-se como marco histórico dos direitos fundamentais a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Esses textos trouxeram em seu conteúdo uma profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis.⁷⁹

Em análise a esse marco, Fabio Konder Comparato esclarece que:

As declarações de direito norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representam a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado, pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu sobretudo na Itália renascentista.⁸⁰

Os direitos fundamentais materializaram os direitos humanos, e essa positivação surge como meio de proteção das pessoas contra abusos de poder. Na contemporaneidade, sob a égide de um amplo sistema jurídico positivado, encontram-se os direitos fundamentais.

Nas palavras de Arion Sayão Romita, “pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 41-44.

⁸⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”.⁸¹

Os direitos fundamentais se constituem atributos inerentes ao homem, decorrentes de sua própria existência, reconhecidos por normas positivadas em regra constitucional, ligados intimamente aos valores da dignidade, da liberdade e da igualdade. Os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1998, sejam eles princípios ou regras, têm caráter vinculante, constituindo normas dotadas de imperatividade.⁸²

Além dos direitos fundamentais estarem diretamente relacionados à pessoa humana, já que necessários para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana, eles não se estendem aos animais e árvores. O meio ambiente equilibrado é um direito fundamental, mas o seu objetivo é a proteção da vida humana.⁸³

Embora a denominação mais utilizada pela doutrina e constante dos textos constitucionais e declarações internacionais seja *direitos fundamentais*, comumente utilizam este termo equivocadamente como sinônimo das expressões “direitos humanos” e “direitos da personalidade”. Os direitos da personalidade são inatos ao homem porque originários, e por ser este um ente dotado de personalidade. Os direitos da personalidade “prescindem de reconhecimento pela ordem jurídica positiva”. Diferem dos direitos fundamentais porque estes se “caracterizam por sua historicidade”, são dependentes da circunstância histórica em cada lugar, envolvendo “valores próprios de cada sociedade, da cultura, do amadurecimento político, das crenças e do ambiente político (se autoritário ou democrático)”.⁸⁴

A expressão direitos humanos (ou direitos do homem) também não pode ser considerada como um sinônimo de direitos fundamentais. A expressão direitos do homem caracteriza-se como “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”⁸⁵. Os direitos humanos são mais amplos e imprecisos que os direitos fundamentais, cujo conteúdo se limita aos direitos reconhecidos pelo direito positivo de determinado povo.

Luiz Eduardo Gunther entende ser um equívoco a utilização das expressões direitos fundamentais, direitos humanos e direitos da personalidade como sendo sinônimas,

⁸¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 53.

⁸² NUNES, Rosana Marques. **A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p. 38.

⁸³ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 71.

⁸⁴ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 53-62.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 393.

esclarecendo que os direitos fundamentais são direitos positivados em nível interno, enquanto os direitos humanos, de forma mais abrangente, são direitos naturais positivados em declarações e convenções internacionais, incluindo-se, nestes, os direitos relacionados à dignidade, liberdade e igualdade da pessoa, que não estão em um estatuto jurídico positivo. Leciona ainda que os direitos humanos, em princípio, seriam os mesmos da personalidade, ressaltando que a diferença reside na manifestação quanto à proteção devida. Os direitos da personalidade objetivam a defesa contra violações praticadas por outras pessoas, enquanto os direitos humanos visam à proteção do indivíduo contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado.⁸⁶

Outras terminologias são utilizadas para denominar direitos fundamentais, como direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, o que demonstra ausência de consenso conceitual. O texto constitucional traz, ora uma expressão, ora outra, a saber: a) direitos humanos (artigo 4º, inciso II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e no artigo 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e d) direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inciso IV).

Daniel Wunder Hachem afirma que o preceito constitucional trata de direito fundamental em sentido amplo, e que o mesmo “se desdobra em várias funções: a) de defesa contra investidas do Estado; b) de prestações materiais, fornecidas ao mundo dos fatos; c) de prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos”.⁸⁷ Os comandos constitucionais podem ser tutelados em juízo quando forem desrespeitados, dado que são normas jurídicas imperativas.⁸⁸ Dalmo de Abreu Dalari afirma que, sem os direitos fundamentais, a pessoa fica limitada, não se desenvolve, pois precisa deles para se fazer valer na organização social.⁸⁹

Romeu Felipe Bacellar Filho, tratando dos direitos fundamentais, ensina que “a implementação do Estado prestador garante a transição (paradigmática) no campo dos direitos

⁸⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, ano 33, nº 60, p. 41-46, jan./jun. 2008.

⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul/dez 2013.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56-57.

⁸⁹ DALARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2009, p.12

fundamentais. A raiz do dever de universalidade, inerente ao serviço público, reside na igualdade substancial”.⁹⁰

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a terminologia “direitos humanos fundamentais” é a que vem sendo utilizada recentemente por alguns doutrinadores, pois não afasta a pertinência da distinção entre as terminologias direitos humanos e direitos fundamentais, reconhecendo uma conexão entre os mesmos. Conceitua os direitos fundamentais como sendo:

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera e disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁹¹

A questão nominativa foi trazida ao trabalho para esclarecer que será utilizada a expressão “direitos fundamentais”, baseada nos parâmetros conceituais apresentados por Luiz Eduardo Gunther, de acordo com os quais os direitos fundamentais são os positivados em nível interno.

3.1 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais sofreram inúmeras mudanças no decorrer da história, o que resultou em uma evolução no modo pelo qual protegem o homem. Passaram, então, a ser classificados em gerações, dimensões ou famílias, denominações estas que têm sido tema de discussão doutrinária.

Segundo Arion Sayão Romita, o vocábulo “gerações” não é o mais adequado para classificar os direitos fundamentais, pois as novas gerações não tomam o lugar das anteriores, pelo contrário, convivem em perfeita harmonia. Romita acredita, portanto, que o melhor termo a ser utilizado seja “famílias (naipes ou grupos)”. Entende, ainda, que o vocábulo “dimensões” também é impróprio para designar grupos de direitos fundamentais.⁹² Já para José Joaquim Gomes Canotilho, “dimensões” é o termo mais apropriado, pois “os direitos são

⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direito administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de derecho administrativo**, Santa Fé, vol. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014. Disponível em : < <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/Redoeda/article/view/4625>>. Acessado em: 10/06/2015.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 77.

⁹² ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 126.

de todas as gerações”.⁹³ Sem entrar nessa discussão, por não ser este o objetivo da dissertação, mas com o fim de padronizar o estudo, será utilizada a denominação “dimensões”.

Existem três dimensões de direitos fundamentais que estão plenamente identificadas e estudadas: a primeira está constituída das liberdades negativas; a segunda vem relacionada aos direitos econômicos e sociais e a terceira se refere aos direitos coletivos e difusos. Considerando a multiplicação dos direitos fundamentais, novas dimensões vêm sendo estudadas, como os de quarta dimensão, que seriam relacionados com a biotecnologia e a bioengenharia, tratando de questões da vida e da morte, clones de seres humanos, etc.; os de quinta dimensão, que nascem com o desenvolvimento da cibernética e da informática, e, por fim, os de sexta dimensão, que surgem da globalização, como o direito à democracia, à informação correta e ao pluralismo.⁹⁴

Os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou família, ou naípe na concepção de Arion Sayão Romita) preservam os direitos de liberdade e o nascedouro de seu reconhecimento se encontra na Revolução Francesa de 1789, e no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que consagra que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Ao Estado cabe abster-se de intervenção coativa à esfera de atuação do indivíduo em seus interesses particulares (direito à vida, à liberdade, à propriedade e à participação política), razão pela qual também são chamados de direitos de defesa.⁹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que embora o Estado não deva interferir coativamente na esfera jurídica do indivíduo, este tem o direito à proteção jurídica “que qualquer titular de um direito fundamental tem de exigir do Estado que o proteja de agressões de outros cidadãos”.⁹⁶

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, que exigem uma prestação positiva do Estado para que seu exercício seja efetivo, o que se faz pela implementação de políticas públicas. Em nosso ordenamento, esses direitos estão relacionados no artigo 6º da Constituição de 1988: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015).⁹⁷

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 380-381.

⁹⁴ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 129.

⁹⁵ *ibidem*, p. 131.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 76.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

A Revolução Francesa de 1789 difundiu a trilogia cunhada em sua bandeira: *liberté, égalité, fraternité*, que passou a denominar os direitos fundamentais, sendo que os direitos de liberdade e de igualdade estão relacionados, respectivamente, com os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão. Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem da derivação do terceiro termo da trilogia: fraternidade. Esse termo foi atualizado para solidariedade. Tão importante quanto os demais, a fraternidade traz como objeto principal a união dos cidadãos, eliminando a discriminação em razão da classe social, de religião ou de profissão. O surgimento desse direito se deu da observação de que as condições de desenvolvimento diferem entre os países, impondo uma necessidade de proteção internacional dos direitos fundamentais. Os titulares do direito à solidariedade são os indivíduos considerados na sua coletividade (os grupos, os povos, os Estados).⁹⁸

Em relação aos direitos fundamentais de quarta dimensão, estes vêm compostos pelo “direito ao patrimônio genético e todas as suas manifestações”.⁹⁹ Essa dimensão de direitos fundamentais vem inicialmente contemplada no artigo 196 da Constituição de 1988, conceituando a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.¹⁰⁰ A proteção à engenharia genética na legislação brasileira está contida nas Leis ns. 8.501, de 30 de novembro de 1992, e 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Outros regulamentos e resoluções do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho Federal de Medicina (a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, foi expressamente revogada pela Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, art. 42) também tratam da matéria.¹⁰¹

A quinta dimensão dos direitos fundamentais envolve os direitos relacionados à tecnologia, em específico a cibernética e a informática. Essa dimensão de direitos fundamentais é bastante recente e ainda pouco estudada.¹⁰² O termo “cibernética” foi criado por Norbert Wiener, em 1948, tendo como um de seus fundamentos a “interatividade entre sistemas de controle e processamento de informações entre máquinas, seres vivos e sociedade”. A origem da palavra vem do grego *kybernetike* – arte de governar (pelo inglês

⁹⁸ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 138-139.

⁹⁹ *ibidem*, p. 138-144.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁰¹ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰² *idem*.

cybernetics).¹⁰³ O vocábulo informática (do francês *informatique*) foi criado por Philippe Dreyfus, em 1962, para descrever o conjunto de informações e conhecimentos científicos e técnicos desenvolvidos por meios automáticos e eletrônicos.¹⁰⁴ Com a informática nasceu a internet¹⁰⁵, um sistema que interliga os computadores, formando uma grande rede de comunicação entre as pessoas no mundo todo e gerando consequências inimagináveis. Um risco dessa nova forma de comunicação é o armazenamento de dados que podem ser acessados de forma criminosa afrontando a vida pessoal de cada um. A Constituição brasileira de 1988 prevê a proteção da vida privada da pessoa com relação ao registro informatizado de dados no seu artigo 5º, inciso LXXII, no qual regula o *habeas data*.

Na sexta dimensão dos direitos fundamentais se encontram os direitos relacionados à globalização: direitos à democracia, à informação correta e ao pluralismo. A globalização surge como efeito relevante após a segunda guerra mundial e é entendida como “um movimento que culmina na plena internacionalização da produção e dos serviços, assim como na formação de padrões de produção globais, transformando a humanidade em um todo universal”.¹⁰⁶

A classificação em dimensões dos direitos fundamentais é necessária para uma compreensão de sua evolução. A eficácia dos direitos fundamentais, materializada na preservação da dignidade da pessoa humana, é a sua função maior.

3.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DO TRABALHO

A eficácia dos direitos fundamentais está relacionada à aptidão para gerar efeitos e à verificação dos sujeitos que estão vinculados ou obrigados a esses direitos, razão pela qual a análise da “eficácia vertical” e “eficácia horizontal” se torna indispensável no presente estudo.

Inicialmente as normas constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais “tinham eficácia apenas nas relações entre o Estado e os particulares. Em análise aos direitos fundamentais de primeira geração verifica-se que foram estabelecidos limites ao poder do Estado, ou seja, impedem que este intervenha de forma arbitrária em relação aos

¹⁰³ COLLI, Maciel. **Cibercrimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 19-22.

¹⁰⁴ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁵ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. p. 100 - 113. “**Internet** (também indicada como rede): conjunto de redes de computador interligadas por meio de linhas de telecomunicação utilizando protocolos da família TCP/IP. **TCP/IP**: protocolo (linguagem de comunicação) utilizado para transmissão de dados na *Internet*.”

¹⁰⁶ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 148.

particulares”.¹⁰⁷ Os direitos fundamentais se apresentam como meio de defesa dos cidadãos perante o Estado, o qual se identifica como o possível afrontador dos direitos e liberdades dos indivíduos, posicionamento este reconhecido pela maioria da doutrina.¹⁰⁸

Considerando que os direitos fundamentais foram concebidos como forma de proteção dos cidadãos perante o Estado, que se posicionava como a maior ameaça aos direitos e liberdades do indivíduo, conclui-se que os direitos fundamentais vinculam, na sua essência, os poderes públicos em relação ao particular, verticalmente. Desta forma, através das normas constitucionais, com uma perspectiva dupla, negativa e positiva, o Estado passa a ter o dever de proteger e promover o pleno e efetivo gozo dos direitos fundamentais pelo cidadão.

Nas palavras de Arion Sayão Romita, a perspectiva dupla (negativa e positiva) dos direitos fundamentais perante o Estado pode ser assim esclarecida:

No tocante à posição do Estado em face dos direitos fundamentais, estes podem ser visualizados em dupla perspectiva: como direitos de defesa e como garantias à proteção do estado contra a agressão de terceiros. Na primeira visão, os direitos fundamentais obrigam o Estado a respeitar os direitos de qualquer indivíduo em face de investidas do próprio Poder Público: atuam como direitos de defesa (*Abwehrrechte*). Na outra perspectiva, o Estado se obriga a garantir os direitos de qualquer pessoa contra a agressão perpetrada por terceiros, quando invocado o seu dever de proteção (*Schutzpflicht des Staats*).¹⁰⁹

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se refere à aplicação desses direitos também nas relações entre particulares, e, em específico, no presente estudo, nas relações entre empregador e empregado.

Na doutrina alemã, o ordenamento jurídico em que a discussão sobre o tema “eficácia horizontal” alcançou o maior grau de desenvolvimento foi, é utilizada a expressão *Drittwirkung*.¹¹⁰ Em análise à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ALEXY esclarece que a primeira ocorrência de reconhecimento dessa eficácia, na Alemanha, deu-se em 1958, pela sentença de Lüth:

A sentença de Lüth une três ideias, que enformaram fundamentalmente o Direito Constitucional alemão. A primeira é que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão clássicos contra o Estado. Os direitos fundamentais personificam, como diz o

¹⁰⁷ RAMOS, Josiane Hybner Rodrigues; RAMOS, José Eduardo Silvério. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 24, n. 297, mar. 2014, p. 13.

¹⁰⁸ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 66.

¹⁰⁹ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁰ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula, *op. cit.*, p. 71.

tribunal constitucional federal, “também um ordenamento de valores objetivo”. Foi discutido sobre isto, o que o tribunal entendeu sob um “ordenamento de valores objetivo”. Depois, o tribunal fala simplesmente dos “princípios [...] que se expressam nos direitos fundamentais”. Pode referir-se a isso e dizer que a primeira ideia fundamental da sentença-Lüth consiste nisto, que os direitos fundamentais têm não só o caráter de regras, mas também de princípios. A segunda ideia, estreitamente unida com a primeira, é que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não somente para a relação entre o estado e o cidadão, mas muito mais além, “para todos os âmbitos do direito”. Com isso, produz-se um “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo. Direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários. A terceira ideia resulta da estrutura dos valores e princípios. Valores como princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser solucionada. A mensagem mais importante para a vida cotidiana jurídica da decisão-Lüth diz, por isso: “Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens”.¹¹¹

Segundo Melis Valencia, com o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, houve uma progressiva e decidida influência do Direito Constitucional sobre o Direito Privado, de forma que os litígios na esfera privada não mais ficam limitados às regras de Direito Civil, passando a ser considerados nesta relação os direitos fundamentais.¹¹² Assim, o “ser humano” passou a ter direitos preexistentes reconhecidos, pela simples qualificação de “ser humano”.

Existem duas teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata. De uma forma sucinta, pode-se afirmar que a teoria da eficácia indireta ou mediata não gera de maneira “imediate” direitos subjetivos aos indivíduos, requerendo para sua efetividade a elaboração de norma via processo legislativo nos casos de ausência específica de dispositivo legal num primeiro plano, e num segundo plano, no caso concreto, cabe a aplicação pelo juiz de textos de normas imperativas de direito privado, em especial os textos que contenham cláusulas gerais, em caso de ausência de norma específica.¹¹³

Em suas considerações a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que para se possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, em conformidade com o direito fundamental relacionado ao caso em concreto, deve ser levada em consideração a “multifuncionalidade” ou “pluralidade de funções dos direitos fundamentais”. Ressalta Canotilho que tais soluções não podem colocar em situação

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 106.

¹¹² MELIS VALENCIA, Christian. **Derechos de ciudadanía y empresa: apuntes para una configuración dogmático-jurídica**. Santiago: Dirección del Trabajo/Gobierno de Chile. Disponível em: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf. Acessado em: 02 jan. 2017, p. 1-25.

¹¹³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula, *op. cit.*, p. 83.

de igualdade entidades particulares e o Estado, de forma a não perverter a ordem jurídica civil através de uma “hipertrofia nas relações verticais”.¹¹⁴

O Poder Constituinte 1987/1988 teve a intenção de proteger os hipossuficientes, dentre estes os empregados na relação de emprego e o consumidor na relação de consumo, assim proporcionando o exercício da democracia. Isso deixa ao julgador a análise de cada situação em que haja conflito de direitos fundamentais, sopesando estes após a técnica da ponderação de interesses, privilegiando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Daniel Wunder Hachem trata com muita propriedade o tema, enfatizando que o artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” é cláusula pétreia, e “*se trata de una innovación de la Constitución Brasileña de 1988, no incluída em textos constitucionales anteriores, y que da oportunidad a variadas interpretaciones de la doctrina alrededor de su comando normativo*”.¹¹⁵ Esclarece ainda que todos os dispositivos que tratam de direitos e garantias fundamentais estão vinculados aos Poderes Públicos, gerando efeitos jurídicos imediatos, sem necessidade de regulamentação infraconstitucional.¹¹⁶

Em havendo a colisão de princípios, conforme assevera Robert Alexy, a ponderação de interesses deverá seguir a seguinte solução:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.¹¹⁷

O presente estudo demonstra que os direitos fundamentais são aplicáveis entre particulares, e a relação entre empregado e empregador constitui uma dessas ponderações,

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2000, *op. cit.*, p. 1.246.

¹¹⁵ “se trata de uma inovação da Constituição Brasileira de 1988, não incluída em textos constitucionais anteriores, e que dá oportunidade a variadas interpretações da doutrina ao redor do seu comando normativo.” (livre tradução)

¹¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatino americana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol.1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/Redoeda/article/view/4609>>. Acessado em: 10 jun 2015. Em livre tradução: “se trata de uma inovação da Constituição Brasileira de 1988, não incluída em textos constitucionais anteriores e que da oportunidade a variadas interpretações da doutrina a respeito deste comando normativo”.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vigílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

esclarecendo que a subordinação, requisito indispensável para se constituir o vínculo empregatício, facilita a violação de direitos fundamentais por parte do empregador.

A aplicação dos direitos fundamentais com eficácia horizontal à relação entre empregado e empregador teve o seu reconhecimento prático pela Justiça do Trabalho da Espanha, através da sentença 186/2000, de 10 de julho, proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha:

(...) o empresário não fica apoderado para levar a cabo intromissões ilegítimas na intimidade de seus empregados, sob o pretexto das faculdades de vigilância e controle advindos do poder diretivo do empregador. Ressalta, ainda, que os equilíbrios e limitações recíprocas que se derivam para ambas as partes do contrato de trabalho, supõem que também as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, ficando o empregador obrigado a respeitá-los.¹¹⁸

A eficácia dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho, segundo Sérgio Gamonal C., deve ser entendida como diagonal, pois a relação existente entre as partes não é igual, sendo que em alguns casos a empresa apresenta poderes desproporcionais em relação ao empregado.¹¹⁹

Para José João Abrantes a estrutura do contrato de trabalho, no qual se apresenta uma relação de subordinação (prestação de serviço em benefício de outrem), no qual é inevitável a limitação à liberdade do empregado, demonstra a necessidade da intervenção dos direitos fundamentais nesta forma de pacto.¹²⁰

No entendimento de Adriana Calvo, a aplicação dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho é um reconhecimento da necessidade de proteção de direitos individuais do empregado e das limitações ao poder do empregador, na busca por um equilíbrio digno nos conflitos de interesse existentes na relação entre capital e trabalho.¹²¹

Embora inicialmente se tenha travado embates a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre empregado e empregador, hoje o reconhecimento dessa aplicação resta indene de dúvidas. A relação entre empregado e empregador não se caracteriza

¹¹⁸ ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentença 186, de 10 de julho de 2000. Boletín Oficial del Estado, n. 192, publicado em 11/08/2000. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-15253.pdf>> Acessado em : 05 jan. 2017.

¹¹⁹ GAMONAL C. Sérgio. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2012, p. 12.

¹²⁰ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 106.

¹²¹ CALVO, Adriana. **O assédio moral institucional e a dignidade da pessoa humana (estudo do assédio moral institucional sob a ótica dos direitos fundamentais)**. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Coordenadores. BUSNARDO, Juliana Cristina; BACELLAR, Cristina Busnardo. Org. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p.17.

por uma relação entre iguais, ao contrário, as necessidades financeiras do trabalhador acabam comprometendo a sua autonomia, razão pela qual no Direito do Trabalho a dignidade da pessoa humana deve prevalecer.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade por muito tempo ficaram adormecidos, vindo a ressurgir a partir da Constituição de 1988, redimensionando, desta forma, a noção de respeito à dignidade da pessoa humana através do seu artigo 1º, III. A partir deste impulso, em 2002 foi publicado o novo Código Civil, trazendo um capítulo inteiro dedicado aos direitos da personalidade.

O conceito clássico vem das palavras de Goffredo Telles Júnior, para quem a personalidade está constituída de caracteres próprios da pessoa. Afirma este autor que a personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender aquilo que lhe é próprio, como a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria, etc. Estes bens foram adquiridos pela pessoa pela natureza de ser humano.¹²²

Rubens Limongi França ao tratar dos direitos de personalidade ensina que: “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.¹²³

O conceito de direitos da personalidade humana nas palavras de Luiz Eduardo Gunther:

Alicerçam-se constitucionalmente os direitos da personalidade no princípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui em fundamento da República brasileira (CF, 1º, III). Conceituando-se como direitos da personalidade aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos ou morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.¹²⁴

Os direitos da personalidade são inerentes, essenciais e inatos de cada pessoa, cuja aquisição ocorre pelo simples nascer.¹²⁵ Como rol dos direitos da personalidade consta: o direito à vida e à integridade física, o direito à liberdade, o direito à honra, à intimidade e à

¹²² TELLES JR., Goffredo. **Direito subjetivo – I**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 28. p.315.

¹²³ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 935.

¹²⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo. **Direitos da personalidade nas relações de trabalho contemporâneas**. Curitiba: Instituto da Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014, p. 33.

¹²⁵ COSTA JR., Paulo José da. **Direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 49.

privacidade, à inviolabilidade do domicílio, o direito à identidade pessoal e ao nome, o direito à imagem e o direito autoral, ou seja, tudo o que depende de autorização da pessoa para ser dado ao conhecimento público.¹²⁶

Nesta linha se apresenta a concepção jusnaturalista, a qual entendendo que os direitos da personalidade transcendem o direito positivo, dado que são inerentes à condição humana, e sendo assim não podem ser enumerados de forma taxativa, possuindo características de inesgotáveis e ilimitados. A concepção jusnaturalista enfatiza que o ordenamento jurídico brasileiro deve proteger os direitos da personalidade independentemente de estarem elencados pelo ordenamento jurídico.¹²⁷

Contrário a esta tese, o positivista Adriano de Cupis sustenta que os direitos da personalidade não são necessariamente inatos, que não há direitos típicos do homem, mas virtudes da sua condição humana. Afirma ainda que os ordenamentos jurídicos atribuem alguns direitos aos indivíduos, considerados inatos, pelo simples fato de serem pessoas. Ressalta ainda que nem todos os direitos da personalidade são inatos, o que impossibilita a generalização desta condição.¹²⁸

Embora não seja o objeto do presente trabalho o aprofundamento nos direitos da personalidade humana, a concepção jusnaturalista se apresenta como a mais adequada no desenvolver do raciocínio em relação ao direito do trabalho.

Caracterizando os direitos da personalidade, pode-se afirmar que são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. Por conterem em si um dever geral de abstenção, ou seja, oponíveis *erga omnes*, são *absolutos*. Nascem e se extinguem com o seu titular, não podendo dele ser separados, por isso são *intransmissíveis*. Os direitos patrimoniais ainda se caracterizam como sendo *extrapatrimoniais*, insuscetíveis de aferição econômica. Considerando que os direitos da personalidade se restringem ao seu titular, não poderão ser objeto de renúncia, portanto, são *irrenunciáveis*. São insuscetíveis de penhora (*impenhoráveis*). São *indisponíveis*, não podendo ser objeto de disposição.

Esta característica (indisponível) é, no entanto, tomada como relativa, admitindo sua disponibilidade em situações de interesse público, p. ex., a foto no documento de identidade.

¹²⁶ TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão da privacidade através da internet: a dignidade humana como um direito fundamental**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 47.

¹²⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os direitos da personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV**. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org.) *Direitos humanos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p.130.

¹²⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 63.

Outra situação que se apresenta é o caso de pessoa famosa. Esta poderá explorar sua imagem na promoção de algum produto, mediante pagamento de valor estipulado. Também pode ocorrer de alguém querer dispor gratuitamente de parte de seu corpo (órgão ou tecido), de forma altruística e terapêutica. Sendo assim, conclui-se que os direitos da personalidade são relativamente *indisponíveis*, pois podem, em casos específicos e normatizados, ser objeto de contrato.

Finalmente, os direitos de personalidade são imprescritíveis, não se extinguido nem pelo uso, e tão pouco pela inércia na pretensão de defendê-los.¹²⁹ A imprescritibilidade dos direitos da personalidade vem sendo objeto de discussão doutrinária em razão da omissão legal. Maria Helena Diniz¹³⁰ e Laert Mantovani Júnior¹³¹ entendem que como os direitos da personalidade são cláusulas pétreas da constituição. Não corre nenhum prazo para sua aquisição ou defesa, ou indenização civil por dano moral direto. No entanto, para os autores a reparação civil por dano patrimonial ou dano moral indireto fica sujeita aos prazos prescricionais legais.

Gilberto Haddad Jabur, na mesma linha de pensamento de Diniz e Mantovani, defende a prescrição do direito para reparar perdas e danos, no entanto, o direito de fruir a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a identidade pessoal e a privacidade não são atingidos pela prescrição.¹³²

Marcelo Roberto Bruno Válio, em defesa da imprescritibilidade dos direitos da personalidade em juízo no Direito do Trabalho, afirma que estes são imprescritíveis e podem ser discutidos em juízo, “independentemente de prazos prescricionais e decadência, mesmo havendo grande discussão doutrinária nesse sentido”. Quanto à modalidade de prescrição a ser aplicável, afirma que poderá ser utilizada a de “cunho civilista, prevista no inciso V, par. 3º, do art. 206 do Código Civil” ou ainda as “prescrições bienal e total de cunho celetista”.¹³³

A lacuna normativa criada em torno da *imprescritibilidade* dos direitos da personalidade poderá ser sanada pelo Projeto de Lei nº 699/2011¹³⁴, que propõe alterar o

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. I: Teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 136.

¹³¹ MANTOVANI JUNIOR, Laert. **O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2010, p. 20.

¹³² JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

¹³³ VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 24.

¹³⁴ BRASIL. **Projeto de Lei nº 699, de 15 de março de 2011**. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

Código Civil em vários dispositivos, entre eles o artigo 11¹³⁵, no qual constam especificamente os direitos da personalidade e a imprescritibilidade.

A sistematização em relação às características dos direitos da personalidade adotada neste estudo é a de Maria Helena Diniz, por compactuar com o entendimento da maioria dos doutrinadores.

Em relação à classificação dos direitos da personalidade, Carlos Alberto Bittar os classifica em três grupos: 1. Direitos físicos (à vida; à integridade física; ao corpo; às partes do corpo; ao cadáver e às partes; à imagem, e, à voz); 2. Direitos psíquicos (à liberdade de pensamentos e outros; à intimidade; à integridade psíquica; e, ao segredo); 3. Direitos morais (à identidade; à honra; ao respeito; às criações intelectuais).¹³⁶

Já Carlos Roberto Gonçalves divide-os em duas categorias: “os *inatos*, como direito à vida e à integridade física e moral, e os *adquiridos*, que decorrem do *status* individual e existem na extensão da disciplina que lhes foi conferida pelo direito positivo”.¹³⁷

Finalmente, a divisão dos direitos da personalidade feita por Santos Cifuentes se apresenta também em três grupos: direito à integridade física, à liberdade e à integridade espiritual, ressaltando que a intimidade e o segredo encontram-se integrados ao terceiro grupo.¹³⁸

Embora as classificações dos direitos da personalidade possam não ser uníssonas, o reconhecimento do direito à intimidade e à vida privada como valor fundamental, preservando o princípio da dignidade humana, se faz presente em todas.

A proteção à integridade física ou moral se apresenta diretamente ligada à personalidade, à vida e à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte do trabalhador, assim preservando as condições mínimas de sobrevivência, e nisto se inclui o direito ao trabalho remunerado, habitação, alimentação, educação, lazer, nos termos tratados pelo artigo 6º da Constituição de 1988. A moral possui caráter ético-filosófico, estando relacionada

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4268F9F5C72A2D213F7AD17169DA0DDA.proposicoesWebExterno2?codteor=848554&filename=PL+699/2011>. Acesso em: 15 dez. 2016.

¹³⁵ “Art. 11. O direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. Parágrafo único. Com exceção dos casos previstos em lei, não pode o exercício dos direitos da personalidade sofrer limitação voluntária.” *In*: BRASIL. **Projeto de Lei nº 699, de 2011**. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4268F9F5C72A2D213F7AD17169DA0DDA.proposicoesWebExterno2?codteor=848554&filename=PL+699/2011>. Acesso em: 15 dez. 2016.

¹³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000, p. 63-64.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. I, parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.185.

¹³⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 229.

diretamente aos valores de cada indivíduo e do meio em que vive, sofrendo também influências dos fatores históricos no seu cumprimento pela coletividade.¹³⁹

Marco Antônio César Villatore e Martinho Martins Botelho entendem que “a ideia de moral está vinculada à personalidade, à ética da pessoa humana, ao procedimento e atitudes que estão de acordo com o direito, os bons costumes, a honestidade e a justiça”.¹⁴⁰

Tratando da moral, Gustav Radbruch afirma que:

Dos preceitos jurídicos enquanto imperativos, manifestações de vontade, pode derivar-se talvez um dever (Müssen), mas jamais um dever ser (Sollen). Pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e de deveres jurídicos quando o imperativo jurídico for abastecido pela própria consciência com a força de obrigação moral.¹⁴¹

Na aplicação do Direito, o dano moral muitas vezes não se encontra revestido de conteúdo ético. A ofensa moral ocorrida nem sempre é moralmente reprovável pela sociedade. A moral, como consequência jurídica, é um dano causado a bens imateriais, não podendo ser avaliado economicamente. Na apreciação do dano moral não importa se a conduta do ofensor esta de acordo ou não com os preceitos morais, fato este irrelevante para o estudo dos danos e seus efeitos.¹⁴²

A ofensa aos direito da personalidade ocasionará uma reparação moral. A reparação financeira, por tratar-se de bem imaterial, é uma forma de compensação pelo mal sofrido, não existindo uma fórmula para a sua mensuração, cabendo ao operador do direito a valoração aplicável a cada caso.

Yussef Said Cahali define o dano moral como sendo:

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).¹⁴³

¹³⁹ VILLATORE, Marco Antônio César; BOTELHO, Martinho Martins. **O direito de personalidade no ambiente do trabalho: o reconhecimento de novos direitos e deveres aos sujeitos empregado e empregador.** In: FERMENTÃO, Aparecida Gomes Rodrigues; FACHIN, Zulmar. (Org.). O reconhecimento dos novos direitos da personalidade. Maringá: Vivens, 2015, p. 247-268.

¹⁴⁰ *idem.*

¹⁴¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 66.

¹⁴² PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano moral e sua reparação no direito do trabalho.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 45.

¹⁴³ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

A metamorfose evolucionar que a sociedade vem sofrendo por influência da evolução tecnológica está promovendo profundas mudanças. As alterações tecnológicas constantes promovem uma mudança nas relações sociais, as quais em um momento podem estar sendo beneficiadas, mas em outro sofrem de forma direta com o impacto destas influências. Não se podem excluir deste raciocínio os direitos da personalidade já que, se forem considerados somente quando positivados, falha-se em seu objetivo maior: a proteção da pessoa humana.

3.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais notável fundamento na construção dos direitos fundamentais, produzindo efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. É preciso ressaltar não ser qualquer conduta que ocasionará a violação da dignidade humana, devendo ser grave o suficiente para a sua caracterização. Sua conceituação e limitação é tarefa difícil, sendo que somente se apresenta em situações concretas, caso em que é então permitido verificar-se se a dignidade sofreu ou não ofensa.

Carla Liliane Waldow Pelegrine ressalta que o fundamento do Estado Democrático de Direito está inserido no princípio da dignidade humana, conglobando todos os demais princípios, funcionando como “verdadeiro valor, não só como princípio interpretativo de todo o sistema jurídico positivo”.¹⁴⁴

Foi pela Constituição de 1988 que o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado à qualidade de princípio próprio, sendo acrescido ao “núcleo do sistema constitucional do País e ao núcleo de seu sistema jurídico, político, social e econômico”. Nesta posição, o princípio da dignidade passou a ser “princípio fundamental de todo o sistema jurídico”.¹⁴⁵

Para José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais.¹⁴⁶

¹⁴⁴ PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Bonijuris**. Ano XVI, nº 485, abril de 2004, p. 13.

¹⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho, 2015, *op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 225.

Alguns elementos permitem o reconhecimento, ainda que parcial, do conteúdo determinante da afronta ao princípio da dignidade humana, sendo eles: “sua intangibilidade, inviolabilidade e inalienabilidade”. Será intangível quando houver a impossibilidade de se tocar, ou o que é infenso à manipulação. Reconhece-se sua inviolabilidade naquilo que não está sujeito à ruptura ou violação, e a inalienabilidade define o que não tem preço.¹⁴⁷

Para Eurico Bitencourt Neto, “a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inata do ser humano, cuja obrigação de respeito se pode qualificar como uma das mais relevantes conquistas históricas”.¹⁴⁸

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁴⁹

Considerando que a dignidade é uma qualidade intrínseca do ser humano, é irrenunciável e inalienável, não podendo se desvincular da pessoa humana. A dignidade existe além da proteção pelo Direito, sendo preexistente e anterior a qualquer especulação, embora o Direito venha a protegê-la e promovê-la.¹⁵⁰ A dificuldade se apresenta em especificar um rol taxativo de violações à dignidade humana, razão pela qual os doutrinadores afirmam encontrar maior facilidade em se verificar o que a mesma não é, do que é.¹⁵¹

¹⁴⁷ LEDUR, José Felipe. **Fundamentos dos direitos da personalidade do trabalhador: algumas reflexões**. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos humanos dos trabalhadores*. Org.. São Paulo: LTr, 2016, p. 117.

¹⁴⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 176.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 200.

¹⁵⁰ SILVEIRA, Raquel Dias. Discriminações legais em concursos públicos e princípio da igualdade: um estudo sob os paradigmas das ações afirmativas e das políticas públicas de inclusão de minorias nas últimas décadas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, out/dez.2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38655>>. Acesso em: 10 jun 2015.

¹⁵¹ MOZETIC, Vinicius Almada; FRANCESCHINA, Aline Oliveira Mendes de Medeiros. A dimensão fundamental ecológica da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 161-179, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/direitoeconomico?dd1=14821&dd99=view&dd98=pb>>. Acessado em: 10 jun 2015.

Seguindo este mesmo pensamento, Márcio Morena Pinto ressalta que a dignidade humana deve ser fundamento último a corroborar para o reconhecimento do Direito do Trabalho como um direito humano, com o fim de legitimar e justificar a garantia de direitos mínimos ao trabalhador.¹⁵² Canotilho, ao tratar do tema “república e dignidade da pessoa humana”, ressalta que “a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico”.¹⁵³

O princípio da dignidade do homem tem como fundamento preservar a integridade física e psicomoral da pessoa, protegendo o direito à vida e ao nome, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Estes direitos fundamentais se apresentam relevantes no âmbito do direito do trabalho no momento em que confrontam com a análise de danos extrapatrimoniais sujeitos à ocorrência em vários momentos da relação contratual.¹⁵⁴

Importante observação faz Celso Antônio Bandeira de Mello quando trata do respeito à dignidade humana ao afirmar que “é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo”.¹⁵⁵

O princípio da dignidade humana, além de recepcionar os direitos fundamentais positivados, vai adiante, e tem como objetivo primeiro preservar a integridade da pessoa humana em todos os sentidos. Os direitos à vida privada e à intimidade, como direitos fundamentais, estão albergados pelo princípio da dignidade humana.

Como exposto, a legislação trabalhista coexiste com o princípio da dignidade da pessoa humana e como princípio máximo da defesa dos direitos humanos. O princípio da dignidade humana encontra-se coerente com os valores pessoais e morais que se encontram acima dos direitos patrimoniais envolvidos na relação contratual. Esta coerência permite, e de certa forma, chama para si a análise dos princípios da boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade.

3.4.1 Princípio da boa-fé

¹⁵² PINTO, Marcio Morena. Los derechos sociolaborales como derechos humanos: afirmación reconocimiento y óbices a su exigibilidad em el ordenamento jurídico brasileño. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, nº 3, set./dez., 2016. p. 11-38. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46016>>. Acessado em: 10/01/2017.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁴ LEDUR, José Felipe, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.36.

O princípio da boa-fé tem sua incidência no direito obrigacional, pelo qual as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais. Está previsto no artigo 422 do Código Civil,¹⁵⁶ o qual dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Segundo o princípio da boa-fé, o devedor obriga-se não só às cláusulas contratuais, mas também fica obrigado por todas as consequências que podem advir dos usos, da lei e da equidade.

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar do princípio da boa-fé, afirma que ele:

[...] exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação. O princípio da *boa-fé* guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.¹⁵⁷

O princípio da boa-fé é comum a todos os ramos do Direito, manifestando-se nas várias fases das negociações, e caracterizando uma regra de conduta. A aplicação do princípio da boa-fé nas relações jurídicas se apresenta como forma de preservar valores éticos para, ao fim, evitar o abuso de interpretações excessivamente positivistas do ordenamento jurídico.

Embora o princípio da boa-fé não seja específico do Direito do Trabalho, a ele se aplica como função flexibilizadora dos institutos jurídicos, em especial o contrato de trabalho. No conceito de Alice Monteiro de Barros, o princípio da boa-fé manifesta-se no contrato de trabalho de várias formas, entre elas: “o dever do empregado de cumprir ordens legais, guardar segredos profissionais, executar suas atividades com zelo e cuidado, evitando danos, agir honestamente, bem como abster-se de concorrer com o empregador”.¹⁵⁸ Ao ser violado, o princípio da boa-fé pressupõe uma intenção danosa, passível de dispensa por justa causa.

O contrato de trabalho envolve duas partes, empregado e empregador, razão pela qual o princípio da boa-fé a este também se aplica. O poder diretivo e disciplinar deve ser exercido, portanto, com ponderação, dentro dos parâmetros legais, de forma a ajustar-se ao princípio da boa-fé. Os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos dispositivos legais são considerados contrários ao princípio da boa-fé.¹⁵⁹

¹⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 10 jan. 2017.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 253.

¹⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 176.

¹⁵⁹ *idem*.

O princípio da boa-fé se apresenta indispensável para a análise de casos não apreciados pela legislação, ou que afrontem direitos fundamentais tanto do empregado quanto do empregador.

3.4.2 Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade, também denominado de princípio da proporcionalidade ou princípio da adequação dos meios aos fins, não é comum ao Direito do Trabalho, mas considerando que o fundamento desse princípio reside no conceito de aceitabilidade racional para a solução de problemas jurídicos dos mais relevantes.

O princípio da razoabilidade tem sua aplicação na solução dos conflitos de colisão de princípios jurídicos. Esse princípio parte do pressuposto de que o homem deve agir com bom senso e não arbitrariamente.

Para Maurício Godinho Delgado “trata-se de aplicar a lógica do razoável, compatível com a realidade social na qual atua. [...] A razoabilidade é aferida em função do conteúdo, não da forma”.¹⁶⁰ O princípio da razoabilidade deve obedecer a um juízo de verossimilhança e de ponderação, sensatez e prudência quando da verificação da conduta das pessoas.¹⁶¹

A justiça somente poderá ser alcançada pela análise do caso concreto e sua correlação com o princípio de ponderação, conforme o entendimento de Paulo Ricardo Schier é necessário a ruptura

[...] com a interpretação e aplicação formalista e positivista do Direito, pois o problema de realização da ordem jurídica deixa de tomar um exclusivo comprometimento com as questões de validade e vigência e passa a assumir, mediante a ponderação, a dimensão da relação de justo/injusto do caso concreto.¹⁶²

O princípio da razoabilidade atua impondo limites às situações que não são previstas em lei de forma rígida, em razão das variadas circunstâncias que surgem na prática. Sua aplicação, conjuntamente com o princípio da boa-fé permite o alcance da justiça.

¹⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho, 2015, *op. cit.*, p. 235.

¹⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho, 2013, *op. cit.*, p. 166.

¹⁶² SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 131.

3.4.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito do Trabalho permite mensurar a razoabilidade dos atos que possam levar à limitação de direitos, em circunstâncias que venham a afrontar a esfera de liberdade das pessoas.

Para a aplicação do princípio da proporcionalidade é necessário identificar alguns requisitos como a adequação da medida ao fim desejado, a necessidade do uso da restrição para que se possa garantir a efetividade do direito almejado, e a proporcionalidade em sentido estrito, de forma a permitir o exercício da ponderação entre o peso da restrição e o resultado almejado.¹⁶³

Embora haja algumas objeções ao uso do princípio da proporcionalidade, sob o argumento de que a decisão nele apoiada é arbitrária e incontrolável, e de que ele camufla razões emocionais, políticas ou outras alheias ao Direito, tais argumentações não são verdadeiramente embasadas. No entendimento de Mauricio Godinho Delgado:

A objeção, contudo, não convence, porque, ao aprofundar o exame das normas em colisão, o juiz não se limita a declarar que as disposições legais são proporcionadas ou desproporcionadas: desce a minúcias, mediante a exposição das razões nas quais apoia o resultado da aplicação [...].¹⁶⁴

O princípio da proporcionalidade permite resolver situações em que haja colisão entre normas, de forma justa e coerente, alcançando a justiça almejada.

3.4.4 Princípio da proteção

O princípio da proteção é um dos principais princípios específicos do Direito do Trabalho, diferentemente dos demais princípios abordados neste trabalho, cuja extensão de aplicação vem de outros ramos do Direito. Este princípio permite a aplicação da norma mais favorável, independente de sua hierarquia, quando duas ou mais normas forem aplicáveis ao caso concreto.

Para Marco Antônio César Villatore e Martinho Martins Botelho, o princípio da proteção, para sua aplicação, deve ser analisado tanto no ambiente legislativo, quanto no

¹⁶³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 77.

¹⁶⁴ DELGADO, Mauricio Godinho, 2015, *op. cit.*, p. 237.

judicial, cabendo ao julgador avaliar as mudanças sociais para poder decidir de forma equilibrada.¹⁶⁵

Procurando reduzir a oneração do empregador e visando a um desenvolvimento no campo das conquistas sociais, o princípio da proteção vem sofrendo algumas mudanças pela própria lei, e isto ocorre como consequência do fenômeno denominado flexibilização “normativa”. A dificuldade que se apresenta ao legislador e ao julgador é justamente encontrar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e “uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteados pela autonomia da vontade, que foge completamente dos ideais de justiça social”.¹⁶⁶

O princípio da proteção está diretamente correlacionado com o sistema econômico, dado que tem como fundamento a dignidade do trabalhador. No entendimento de Leonardo de Gênova, em uma crítica à flexibilização do Direito do Trabalho, ela “não possui valor-fonte de dignidade humana, é um mecanismo econômico (fenômeno) criado por um sistema político-econômico (liberalismo), sendo que esse mesmo sistema influenciou o surgimento do direito do trabalho para coibir os seus abusos”.¹⁶⁷

O princípio da proteção visa preservar o trabalhador contra a precarização do trabalho humano e a diminuição do patrimônio do trabalhador, figura hipossuficiente no contexto da relação de trabalho. O princípio da proteção reafirma o ideal da dignidade humana, apresentando-se como o cumpridor da função do Direito do Trabalho.¹⁶⁸

Mauricio Godinho Delgado ressalta que o princípio da proteção não pode ser aplicado indiscriminadamente, devendo sempre levar em consideração outros fatores. Devendo o julgador confrontá-lo com outros princípios como os da proporcionalidade, razoabilidade e do não enriquecimento sem causa (os quais não fazem parte do rol de princípios exclusivos do Direito do Trabalho), de forma a atenuar o desequilíbrio que ocorre no plano fático entre empregado e empregador, na atuação no plano jurídico.¹⁶⁹

O princípio da proteção ainda continua auxiliando os operadores do Direito, na integração da legislação trabalhista, mas deverá ser aplicado após análise do fundamento dos

¹⁶⁵ VILLATORE, Marco Antônio César; BOTELHO, Martinho Martins, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁶ BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 171-172.

¹⁶⁷ GÊNNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p. 53.

¹⁶⁸ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p. 214.

¹⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho, 2004, *op. cit.*, p. 82.

princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da boa-fé, para que se atinja o fim colimado que é a justiça.

3.5 DIREITO À VIDA PRIVADA

A revolução tecnológica sob o prisma da evolução trouxe benefícios e facilidades para a humanidade. Por outro lado, estamos vivenciando uma sociedade cada vez mais monitorada e controlada, sob o pretexto de aumento da proteção das pessoas. Existem câmeras de filmagem nas ruas, mercados, instituições bancárias, prédios, ambiente de trabalho, etc., expondo a vida das pessoas a um controle externo não autorizado, em nome de uma proteção coletiva.

Nesse caminho tecnológico sem volta, há um limite que não pode ser ultrapassado, nem pelo próprio Estado, a saber, a vida privada. Para que se tenha acesso a ela, somente com o devido consentimento da pessoa.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 2 de maio de 1948, foi o primeiro documento internacional que elegeu a privacidade como direito fundamental. Depois, em 10 de dezembro de 1948, foi reconhecido o direito à vida privada na Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁷⁰

A partir do momento em que o ordenamento jurídico reconhece o direito à privacidade como direito da personalidade, reconhece-se o direito da pessoa humana de proteger a sua privacidade contra a intromissão, curiosidade e bisbilhote alheia, bem como de evitar divulgações de dados e informações adquiridas ilegitimamente ou até legitimamente, mas sem a autorização.¹⁷¹

Com o reconhecimento do direito à privacidade como direito fundamental, na Constituição de 1988 (art. 5º, X), incluídos no Código Civil entre os direitos da personalidade, e sendo a manifestação do princípio da dignidade humana, tem-se o direito, e não somente expectativa de direito, de proteção contra intressões alheias.¹⁷²

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, 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”.

¹⁷⁰ BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008, p. 62

¹⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162.

¹⁷² MANTOVANI JUNIOR, Laert, *op. cit.*, p. 31.

Ao observarmos o texto constitucional, verificamos que o constituinte diferenciou intimidade de privacidade (leia-se vida privada), passando a distinguir uma da outra para a análise e aplicabilidade do dispositivo.

José Afonso da Silva define a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.¹⁷³

O empregado, como cidadão na República, também se apresenta como cidadão na empresa, sendo-lhe garantido o direito ao respeito a sua vida privada pelo empregador. O Código Civil, artigo 21, dispõe que a vida privada da pessoa natural é inviolável, o que garante a qualquer pessoa, empregado ou não, requerer em juízo providências que forem cabíveis para fazer cessar a violação a esse direito.

Paulo José da Costa Júnior foi um dos primeiros a trazer ao Brasil a teoria dos círculos concêntricos para poder explicar a distinção entre vida privada e intimidade. Esta teoria foi desenvolvida pelo alemão Heinrich Hubmann, em 1953, e revisada pelo também alemão Heinrich Henkel, em 1957, que distribui a intimidade e a vida privada em esferas, sendo que a esfera privada é o círculo maior e, dentro deste, está o círculo da intimidade, que, inserido no círculo da intimidade, se insere o círculo dos segredos mais íntimos.¹⁷⁴

A teoria dos círculos concêntricos vem sendo muito bem aceita no Brasil e constitui-se de um sistema de três círculos:

[...] o exterior, de maior diâmetro, abarcaria o direito à privacidade, a que os alemães chamam de *Privatsphäre* (sem sentido restrito) ou ainda *Intimsphäre*, correspondente à *privatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos. O segundo círculo corresponderia à esfera da confiança, crédito ou fidúcia, a que os juristas alemães denominam *Vertraulichkeitssphäre*, e, finalmente, o terceiro e último círculo do segredo (*Geheimsphäre* ou *Vertraulichkeitssphäre*), correspondente à *riservatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos, círculo onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito.¹⁷⁵

Para distinguir vida privada e intimidade, Romita também sugere a aplicação das esferas concêntricas, onde, partindo de dentro para fora, tem-se: “a) intimidade; b) vida privada; c) vida pública”. Visualizada desta maneira, a esfera central do interior, com raio menor, representa a intimidade, nela estando os segredos mais íntimos, aqueles que a pessoa

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.202.

¹⁷⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da, *op. cit.*, p. 29-31.

¹⁷⁵ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

quer guardar só para si, excluindo qualquer intromissão do empregador. A esfera representativa da vida privada é mais ampla, tem um raio maior que a primeira, e envolve os assuntos que dizem respeito à privacidade do trabalhador. Como privacidade, entendem-se as informações que o indivíduo tem sobre si e que a ele cabe manter sobre o seu controle, ou comunicar a alguém, e nas condições que decidir inclusive no que se refere ao empregador.¹⁷⁶

Na aplicação das esferas concêntricas se conclui que, quanto menor a esfera, maior é a proteção, ou seja, no caso do segredo, o simples conhecimento de um fato que seja segredo íntimo da pessoa já caracteriza a violação da privacidade. Para violar a intimidade é necessário o conhecimento de um fato íntimo e a sua publicidade. No entanto, calha ressaltar que a privacidade não é absoluta, podendo sofrer interferências em razão do interesse público, frente ao direito à liberdade de expressão e informação.

Embora a teoria dos círculos concêntricos auxilie na identificação da vida privada e intimidade, ainda assim diferenciá-los é uma tarefa difícil, pois tais conceitos envolvem aspectos subjetivos do homem, que sofrem influências diretas do meio em que vive e da época dos acontecimentos. As influências podem ser religiosas, culturais, políticas, etc.

A importância da distinção entre vida privada e intimidade e a aplicação da teoria dos círculos concêntricos reside na proteção dos direitos fundamentais, pois quanto menor for a esfera, maior proteção a ela deve ser destinada.

A Lei nº 7.232, de 22 de outubro de 1984, dispõe sobre a política nacional de informática, e em seu artigo 2º, inciso VIII, atende para a elaboração de mecanismos e instrumentos legais para a proteção do sigilo dos dados que são armazenados e que envolvam interesse da privacidade das pessoas. No mesmo dispositivo, inciso IX, dispõe sobre “mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicos ou privados”.¹⁷⁷

Seguindo o raciocínio dos círculos concêntricos, o círculo maior representa a vida pública da pessoa. Este círculo abarca situações vivenciadas pela pessoa dentro do seu cotidiano. São os atos públicos de que as pessoas tomam conhecimento pelo fato de sua natural existência, por exemplo, um concurso público.

3.6 DIREITO À INTIMIDADE

¹⁷⁶ ROMITA, Arion Sayão, 2014, *op. cit.*, p. 324.

¹⁷⁷ BRASIL. Lei nº 7.232, de 22 de outubro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

O direito de escolha da pessoa de ver divulgados aspectos reservados da vida privada é do titular do direito. Estes aspectos privados envolvem os segredos mais íntimos que, na teoria dos círculos concêntricos, está representado pelo círculo menor ao centro de todos os demais.

Em se tratando do direito à intimidade, Marcelo Cardoso Pereira define como sendo “[...] o mais interior da pessoa, seus pensamentos, ideias, emoções, etc. Dessa forma, parte da doutrina jurídica relaciona a intimidade com uma zona nuclear e reservada, de caráter espiritual, em que as pessoas estejam livres de ingerências”.¹⁷⁸

A inviolabilidade da intimidade está no rol de direitos da personalidade amparados pela Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso X, dispõe: “X – são invioláveis a intimidade”). Como exposto alhures, na intimidade é que se localizam os segredos mais íntimos do ser humano, aqueles que somente serão revelados com a sua autorização.

Em análise ao tema, René Ariel Dotti diferencia a vida privada da intimidade. A vida privada contém a intimidade, sendo a vida privada “o direito que a pessoa humana pode reivindicar para não ser absorvida pela massa”, e a intimidade se encontra “numa zona reservada, [...] esfera de sentimentos da pessoa na qual ninguém poderia penetrar sem consentimento”.¹⁷⁹

A diferenciação entre vida privada e intimidade, num primeiro momento, parece ser uma tarefa simples, mas se torna extremamente penosa quando teóricos afirmam que a distinção não existe, como Santos Cifuentes, para quem as expressões “intimidade” e “vida privada” são sinônimas. Cifuentes considera que qualquer pessoa pode tomar conhecimento de fatos da intimidade de alguém, ocorrendo a violação somente se o fato conhecido tomasse proporção de divulgação. Para o entendimento do autor, o direito à intimidade configura direito personalíssimo, que permite ao seu titular se imiscuir da publicidade ou de outras turbações à vida privada.¹⁸⁰

O entendimento majoritário é de que os conceitos de vida privada e intimidade são distintos, mesmo porque a própria legislação os individualiza quando os relaciona lado a lado como direitos distintos.

No entendimento de Adriana Calvo:

¹⁷⁸ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 111.

¹⁷⁹ DOTTI, René Ariel. **Proteção à vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980, p. 68-71.

¹⁸⁰ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 544.

[...] a intimidade qualquer pessoa tem, em qualquer lugar onde se encontre, pois ela significa a esfera mais íntima, mais subjetiva e mais profunda do ser humano, com as suas concepções pessoais, seus gostos, seus problemas, seus desvios, etc.¹⁸¹

Reafirmando o entendimento comum, Wanderlei de Paula Barreto conceitua a vida privada como sendo o espaço, as relações e manifestações da individualidade que somente são compartilhados com as famílias ou pessoas próximas, excluindo qualquer participação do Estado ou de seus agentes. A intimidade, para Barreto, representa “[...] o núcleo pétreo, o mais duro e impenetrável da vida privada, inabalável por qualquer outro direito individual. É considerado essencial à garantia e à consecução da dignidade da pessoa humana e condição para concretizar o desenvolvimento da personalidade”.¹⁸²

Reside na proteção dos direitos fundamentais a importância da distinção entre a intimidade e a vida privada, posto que aquele que tem maior relevância deverá ter a maior proteção.

3.7 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A ÓTICA DO TRABALHADOR E SUA PROTEÇÃO

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, X, prescreve que um dos direitos fundamentais da pessoa é o respeito à sua intimidade e à vida privada. A relação contratual existente entre empregado e empregador tem como objeto a venda da força de trabalho de um ser humano. Por esta razão, não restam dúvidas de que este dispositivo constitucional deve ser respeitado nas relações de trabalho.

Inúmeros são os atos do empregador que poderão violar a vida privada do empregado, e, como visto, quando se fala em dignidade da pessoa humana, vemos que não há uma lista de atos que, se praticados, realmente provocam a ofensa. É necessário que o fato ocorra para a análise seja feita. No entanto, embora não se tenha uma relação de atitudes que o empregador não poderá exercer sob pena de violação da vida privada do empregado, o conceito de vida privada é o sentido orientador.

Adriana Calvo esclarece que a dignidade, embora intrínseca a todo ser humano, ocorre de várias maneiras, podendo ocorrer de uma forma simples e evidente, e, em outras

¹⁸¹ CALVO, Adriana. **Breves considerações sobre a decisão do TST relativa ao uso do correio eletrônico.** Disponível em: <<http://www.calvo.pro.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹⁸² BARRETO, Wanderlei de Paula (*et al.*). **Comentários ao código civil brasileiro.** Parte Geral. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 172.

situações, de uma forma complexa, apresentando contornos velados a serem analisados. Complementa que, “seja como for, ela sempre se caracteriza por ser um elemento inolvidável a qualquer consideração séria e coerente dos que se preocupam com a evolução e desenvolvimento, em suma, da própria vida”.¹⁸³

Na verdade, o ambiente de trabalho deve respeitar não só o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mas outros princípios constitucionais também de igual valor e importância, como o respeito à cidadania do trabalhador; a garantia à saúde e à segurança dos trabalhadores no ambiente do trabalho, e o respeito aos valores sociais do trabalho.

A premissa maior, sobre a qual todo o trabalho humano deve se estruturar, está na efetiva garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. Este é o princípio constitucional mais relevante na ordem jurídica brasileira.¹⁸⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana exprime a primazia da pessoa humana sobre o Estado e, aplicando-se ao Direito do Trabalho, significa a primazia do trabalhador frente à empresa. É necessário defender a aplicação deste princípio como valor-fonte fundamental do Direito do Trabalho.¹⁸⁵

Os direitos da personalidade são, indiscutivelmente, aplicáveis à pessoa na condição de trabalhador. Assim, ao trabalhador é dado o direito à privacidade e à intimidade, e caberá a ele decidir se seus assuntos íntimos serão ou não revelados a quem quer que seja, inclusive o próprio empregador, como forma de proteger a sua integridade.¹⁸⁶

A perspectiva positiva dos direitos fundamentais, como vista anteriormente, conclui que não cabe ao Estado garantir o respeito à dignidade humana do trabalhador dentro da relação laboral. No entanto, o Estado tem o dever de garantir a preservação dessa dignidade para que não seja objeto de uso abusivo do poder diretivo do empregador no local de trabalho.¹⁸⁷

Ao empregador cabe o dever de dar tratamento digno ao empregado, como ensina Arion Sayão Romita:

Ao se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais do empregado na execução do contrato de trabalho, o empregador passa a ter o dever de dispensar

¹⁸³ ABREU, Evandro Limongi Marques de. **A Tutela de direitos fundamentais conforme sua expressão no art. 203, do Código Penal Brasileiro.** In: Direito dos trabalhadores & Direitos fundamentais. HASSON, Roland (Coord.). Curitiba: Juruá, 2003, p.129.

¹⁸⁴ CALVO, Adriana, 2016, *op. cit.*, p.12.

¹⁸⁵ *idem.*

¹⁸⁶ ROMITA, Arion Sayão, 2014, *op. cit.*, p. 318.

¹⁸⁷ CALVO, Adriana. *op. cit.*, p.17.

tratamento digno ao empregado por reflexo da obrigação de respeitar os direitos fundamentais do trabalhador que são inerentes ao princípio da dignidade humana.¹⁸⁸

Alice Monteiro de Barros, analisando na prática a aplicação do direito à intimidade do empregado, ressalta que há dificuldade “em estabelecer limites entre o direito à intimidade do trabalhador e o direito de dirigir a atividade do empregado, conferido ao empregador pelo art. 2º da CLT”, completando que é preciso “definir até onde esse poder de direção é exercido legitimamente, com boa administração de pessoal, e a partir de quando ele se torna intolerável por implicar invasão da intimidade dos empregados”.¹⁸⁹

O direito à intimidade do empregado envolve os fatos da vida pessoal do indivíduo, alguns, talvez, que nem sua família conheça, como, por exemplo, vícios, hábitos, preferência sexual, e outros. São seus segredos íntimos. O direito à vida privada tem uma amplitude maior, e abrange as relações familiares e com terceiros, como ter acesso ao saldo bancário do empregado ou a seus empréstimos.

Em situações em que o empregador venha a colher dados do empregado, sob o aval deste, o armazenamento e a utilização de dados obtidos são de sua inteira responsabilidade, sob pena de, havendo publicidade desses dados, causando exposição da intimidade ou da vida privada do empregado, responsabilização pelos danos causados.¹⁹⁰

A possibilidade de fornecimento de dados e informações pessoais pelo trabalhador, para a segurança da empresa de forma geral, como pessoas e bens, legitima a afronta à vida privada. E, neste caso, entende Joselita Nepomuceno Borba que haveria uma transmutação do direito de fiscalizar a atividade do empregado pelo empregador, em dever social, em razão do interesse público.¹⁹¹

Embora o direito à vida privada do empregado seja um direito fundamental, ele não pode ser considerado absoluto. Algumas relações de trabalho representam essa exceção, restringindo o direito à privacidade do empregado, como, por exemplo, o contrato de trabalho do atleta profissional,¹⁹² permitindo ao empregador submeter o empregado ao regime de concentração, ficando impedido do contato familiar.

¹⁸⁸ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 245.

¹⁸⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997. p.9.

¹⁹⁰ BORBA, Joselita Nepomuceno. **A revalorização do contrato de trabalho à luz dos direitos fundamentais**. In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho. FREDIANI, Yone; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). São Paulo: LTr, 2015, p. 57.

¹⁹¹ *ibidem*, p. 58.

¹⁹² BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1998-leis-ordinarias>>. Acesso em: 12 dez 2016.

Tratando das limitações ao direito à privacidade, Gilmar Ferreira Mendes esclarece:

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade, pode sobrepujar a pretensão de “ser deixado só”.¹⁹³

Os direitos fundamentais na relação de trabalho sofrem limitações, e esta é a posição de Arion Sayão Romita, para quem a razão se revela na natureza sinalagmática do contrato, em que as partes se obrigam reciprocamente, e o contrato de trabalho equipara-se ao contrato de intercâmbio patrimonial. O empregado assume obrigações no contrato de trabalho, e essas obrigações podem ser objeto de limitações específicas ao seu cumprimento. A boa-fé contratual é um dos princípios que regem o contrato de trabalho, e assim o empregado deve cumprir os deveres de boa-fé assumidos.¹⁹⁴

Ainda delimitando o exercício dos direitos fundamentais pelo empregado, Romita diferencia vida pública de vida privada, considerando como vida pública a parte da vida que se desenvolve necessariamente em presença do público, “nossa participação pública na vida da cidade”. Exemplifica com o jogo de peteca na praia, ou assistir a uma partida de futebol. E afirma que tudo que não for vida pública constitui a vida privada, e assim considerando, a atividade profissional é parte da vida pública, pois envolve relações com outras pessoas e não desfruta das mesmas atitudes que tem na vida privada. Estas considerações não dão o direito ao empregador de invadir a vida pessoal do empregado, o que só pode ocorrer em casos excepcionais. Por óbvio que não se pode tomar essa posição com radicalismo. As obrigações do contrato de trabalho podem, “em certa medida, acompanhar o empregado na vida extrapatrimonial, uma parcela irredutível de liberdade e de vida pessoal pertence ao trabalhador na vida profissional”.¹⁹⁵

Em análise ao direito fundamental do empregado e os poderes do empregador, Marco Antônio César Villatore e Martinho Martins Botelho defendem que deve haver harmonia entre estes dois direitos, pois o lucro empresarial não pode ser motivo para infringir direitos do trabalhador.¹⁹⁶

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martinez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 370.

¹⁹⁴ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 246.

¹⁹⁵ *ibidem*, p. 247.

¹⁹⁶ VILLATORE, Marco Antônio César; BOTELHO, Martinho Martins, *op. cit.*, *loc. cit.*

Durante todo o pacto laboral, a dignidade do trabalhador deve ser preservada pelo empregador no desenvolvimento da atividade laborativa. A permissão de comando que o empregador possui de diligenciar as atividades ocorridas no ambiente laboral – ou durante o período em que o empregado está à disposição – não lhe dá direito de ignorar o princípio da dignidade humana, que visa dar ao empregador uma garantia mínima de preservação de sua privacidade e intimidade. Um exemplo dessa afronta é a exposição do empregado em situações vexatórias e humilhantes, como instalação de câmeras nos banheiros do local de trabalho, cujas imagens poderiam revelar momentos tão íntimos do trabalhador, que ele normalmente não compartilharia com ninguém.

4 NOVAS TECNOLOGIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO: REFLEXOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

A exposição sobre os direitos fundamentais e o questionamento sobre a existência e aplicabilidade dos direitos da personalidade nas relações de emprego estão pacificadas. Resta enfrentar o ponto central da presente pesquisa, identificando as novas tecnologias utilizadas no ambiente de trabalho para o controle da atividade laboral e seus reflexos sociais e econômicos.

4.1 AMBIENTE DE TRABALHO

O meio ambiente de trabalho vem sendo objeto de preocupação e possui diversas normas legais e supralégais, que fixam diretrizes e programas especificamente para proteger a saúde dos trabalhadores, abrangendo todas as profissões.

A divulgação e a conscientização de que o meio ambiente humano é questão de importância e interesse para a humanidade tiveram seu marco com a Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano¹⁹⁷, realizada em Estocolmo em 1972. Por meio desta declaração, foi proclamado que o homem, como parte do meio ambiente, e na condição de modificador dele através da evolução da raça humana e da aceleração da ciência e da tecnologia, deve ser prudente em suas atitudes para evitar consequências ambientais desastrosas. O homem depende desses fatores para sua sobrevivência, sendo essenciais ao seu bem-estar e para o gozo dos direitos humanos fundamentais. Nesta mesma linha de desenvolvimento dispõe a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992¹⁹⁸.

A Convenção nº 155¹⁹⁹ da OIT foi ratificada pelo Brasil e, em seu artigo 15º, dispõe que “será exigido dos empregadores que, à medida que for razoável e possível, garantam que

¹⁹⁷ ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**, Em 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 12 dez 2016.

¹⁹⁸ ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 12 dez de 2016.

¹⁹⁹ OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº. 155**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em 12 dez 2016.

os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores”. A Convenção nº 161 da OIT²⁰⁰, ratificada pelo Brasil, também traz dispositivos que tratam do meio ambiente do trabalho, e em seu artigo 5º relaciona situações que devem ser atendidas pelo empregador conforme as funções exercidas, e em seu artigo 13º prevê que “todos os trabalhadores devem ser informados dos riscos para a saúde inerentes ao seu trabalho”.

A Constituição de 1988²⁰¹ se mostrou atenta à questão do meio ambiente do trabalho e, em seu artigo 7º, inciso XII, tratou da redução dos riscos inerentes ao trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança. Os artigos 170 e 225 da Constituição de 1988 também tratam do tema, sendo que o primeiro se refere à ordem econômica, encontrando-se fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano e tendo por fim “assegurar a todos existência digna”. O segundo dispositivo constitucional ressalta a importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo essencial à sadia qualidade de vida. A responsabilidade pela prevenção desse meio ambiente foi determinada ao Poder Público e à coletividade.

É necessário definir o meio ambiente do trabalho, e Celso Antônio Pacheco Fiorillo o faz com presteza:

[...] 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 comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).²⁰²

O meio ambiente de trabalho sadio está disposto no ordenamento jurídico, que prevê a proteção do trabalhador em relação à segurança, medicina e higiene no trabalho, impondo determinações e medidas claras a serem seguidas pelos empregadores. O respaldo dessa garantia dada aos empregados tem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰³

²⁰⁰ OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº. 155**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em 12 dez 2016.

²⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁰² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang, 2012, *op. cit.*, p. 311.

Todo o trabalhador tem o direito de executar as suas atividades em local que lhe resguarde a saúde e a segurança no trabalho, e essa garantia é fundamental e universal. O ambiente de trabalho deve ser adequado às atividades que serão realizadas pelo trabalhador do ponto de vista físico e humano, de forma a fomentar uma relação de trabalho saudável entre empregados e empregadores. Emília Simeão Albino Sako destaca que “a prevenção dos riscos laborais adquire, por força da Constituição e das normas supralegais, conteúdo obrigatório, inderrogável e irrenunciável.”²⁰⁴

É no ambiente laboral que se encontram os meios eletrônicos que o empregado utiliza para a sua atividade, mas também é nele em que estão inseridos os meios eletrônicos destinados ao controle dos trabalhadores.

Arion Sayão Romita elenca situações gerais de controle da atuação desenvolvida pelo empregado no exercício de suas funções no âmbito laboral:

- a) os procedimentos utilizados para controlar o trabalho, como revistas pessoais, revistas em objetos do empregado, veículos ou em espaços a ele reservados, instrumentos visuais, instrumentos auditivos; b) controle de objetos, fotos, enfeites que se colocam no escritório, ao redor do empregado; c) serviços de polícia privada; d) limites estabelecidos para ir ao *toilette* ou para chamadas telefônicas; e) imposição de exames médicos e tratamentos; f) exigência de teste de gravidez.²⁰⁵

A análise a que se propõe a presente pesquisa se restringe aos meios eletrônicos de controle da atividade do empregado e suas consequências.

4.2 NOVAS TECNOLOGIAS E O CONTROLE DA ATIVIDADE LABORAL

A inserção das novas tecnologias no ambiente de trabalho é um caminho sem volta, pois necessária para o desenvolvimento empresarial e facilitadora das funções do empregado. Algumas tecnologias, no entanto, não permitem somente a facilitação e desenvolvimento da atividade, mas também o controle do empregado. O controle algumas vezes poderá ser feito por câmeras (equipamentos audiovisuais) e em outros através dos meios de comunicação como celulares, computadores, etc.

As transformações que ocorrem no mundo tecnológico são bem-vindas ao meio corporativo, desde que as mesmas se apresentem de forma

²⁰⁴ SAKO, Emília Simeão Albino. **Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line ou direitos de 4ª geração**. São Paulo: LTr, 2014, p.163.

²⁰⁵ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 319.

[...] sustentável, ou seja, considerando os elementos econômicos, sociais e ambientais, não sendo fácil estabelecer os parâmetros das questões sociais no âmbito laboral, pois devemos aliar a proteção do trabalhador em todos os seus aspectos, desde a manutenção de emprego ou a criação de novas vagas, até a sua proteção na própria relação de trabalho.²⁰⁶

A evolução tecnológica permitiu à humanidade o encurtamento de distâncias, aproximando pessoas e apresentando oportunidades. O medo inicial de seus reflexos no cotidiano se abrandou no momento em que se verificaram as inúmeras possibilidades benéficas como, por exemplo, a globalização do conhecimento e da informação.

4.2.1 Tecnologia e meios eletrônicos

Os meios eletrônicos são componentes da humanidade, sendo utilizados para uma universalidade de atividades, seja auxiliando nos afazeres domésticos, seja na efetividade do trabalho e produção, seja para estudos e desenvolvimentos científicos, ou simplesmente para uma simples ligação telefônica. Inúmeros são os eletrônicos que fazem parte da vida das pessoas diariamente.

Para melhor entender a Eletrônica é preciso defini-la, e Lawrence Walter Turner ensina ser ela um ramo da ciência e da tecnologia dedicada ao estudo do comportamento de certos circuitos elétricos (condução de eletricidade num vácuo, num gás, e por fim nos semicondutores) e a fabricação de dispositivos eletrônicos. É através do movimento de pequenas partículas chamadas “elétrons”, são obtidas as correntes elétricas as quais sofrem influência da eletricidade e do magnetismo, formando os dispositivos eletrônicos.²⁰⁷

Foi em 1820 que Hans Christian Oersted (1777-1851) colocou a humanidade em uma nova época, descobrindo que a eletricidade e o magnetismo estão interligados. Em sua experiência, percebeu que uma corrente elétrica, percorrendo um fio metálico, poderia mover a agulha da bússola próxima que se orientava perpendicularmente o fio.²⁰⁸

²⁰⁶ DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore. **Capitalismo, crise econômica e a preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas transformações ocorridas no mercado de trabalho, em especial, a propalada reforma trabalhista.** In: Direitos fundamentais & justiça. Ano 7, n. 25. p. 191-216, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/25_Doutrina_Nacional_08.pdf> Acesso em: 31 jan. 2017.

²⁰⁷ TURNER, Lawrence Walter. **Manual Básico de eletrônica.** Trad. Ivan José de Albuquerque e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, [s.d], p. 1-2.

²⁰⁸ CHAVES, Alaor. **Física.** V. 2 – Eletromagnetismo. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2001, p. 112.

A partir dessa descoberta o mundo se transformou com as inovações tecnológicas que vieram a facilitar o dia a dia, desde máquinas de fazer pão até o celular, que é uma verdadeira multimídia, com o qual se fazem desde ligações telefônicas tradicionais até conversas em que as pessoas se visualizam em tempo real. Tantas outras são as modernidades eletrônicas, rádios programáveis, forno de micro-ondas, aspirador de pó, robô que limpa um ambiente sozinho, computadores, jogos eletrônicos, etc.

Da mesma forma em que os meios eletrônicos estão dentro das casas facilitando a vida das pessoas, também estão dentro das fábricas, indústrias, escritórios e outros inúmeros locais de trabalho, facilitando o desenvolvimento das atividades. São representados por computadores, telefones, celulares, scanners, máquinas de embalar, máquinas de cortar e máquinas de produção das mais diversas áreas e funções.

Existem meios eletrônicos que são utilizados no ambiente de trabalho, não para a produção do serviço, mas para o controle do serviço executado pelo trabalhador. São as câmeras de segurança, telefones, computadores, detectores de metais e polígrafos.

A utilização desses meios eletrônicos, como forma de controle do empregado de forma indiscriminada, pode levar à violação de direitos fundamentais, como a intimidade e a privacidade do trabalhador. Para elucidação desta questão, os meios eletrônicos citados serão, a seguir, devidamente avaliados.

4.2.2 A revista íntima e os detectores de metais

A revista íntima é uma das formas mais degradantes e constrangedoras a que se submete o trabalhador ou trabalhadora, quando são revistados para garantir-se que não subtraíam nenhum bem da empresa. Há a possibilidade de que essa revista seja feita através de detectores de metais, de uma forma um pouco menos gravosa.

Os detectores são classificados em três formas, de acordo como são utilizados, podendo ser manuais, industriais ou do tipo pórtico. Esses aparelhos geram campos magnéticos que detectam metais ferrosos e até não ferrosos. Alguns detectores mais aperfeiçoados conseguem identificar o tipo de metal presente e a profundidade da sua localização.²⁰⁹

²⁰⁹ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meio eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador.** São Paulo: LTr, 2012, p. 189.

Em inúmeros locais de trânsito de pessoas são utilizados detectores de metais, como nas agências bancárias, tribunais, aeroportos, fóruns, etc. Servem para preservar a segurança das pessoas frequentadoras e trabalhadoras dos locais, e podem identificar uma arma, uma faca, ou qualquer outro objeto metálico que possa ser usado para ferir alguém. Alguns detectores são instalados para a segurança do estabelecimento contra furtos por clientes, como no caso de lojas de departamentos ou supermercados, colocando-se etiquetas específicas nos produtos, que, ao passarem pelo detector sem a desativação ou descarte das etiquetas, desencadeiam um disparo sonoro de alerta.

Como exposto, esse aparato eletrônico pode ser utilizado para a revista íntima do empregado. Para melhor entendimento disso, serão abordadas a revista íntima de forma geral e suas consequências.

A revista íntima, conforme Rosana Marques Nunes esclarece, é aquela que expõe parte do corpo do trabalhador, como, por exemplo, exigindo que ele abaixe a calça, desabotoe a camisa ou mesmo se desnude; enquanto pessoal consistiria em “tirar os sapatos, levantar as barras da calça ou abrir o casaco”.²¹⁰

Ressalte-se que, para ser considerada revista íntima, basta uma simples vistória no corpo do empregado, ainda que vestido. Mesmo que seja em partes do corpo, um simples toque do empregador ou de seus prepostos, já se adentra à esfera íntima do trabalhador.²¹¹

A revista ao empregado se encontra prevista no artigo 373-A, inciso VI, da Consolidação das Leis do Trabalho, ficando proibido ao empregador ou preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Essa medida se estende aos homens, conforme Enunciado nº. 15 do TST, em 23.11.2007 (1ª. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho).²¹² A medida do artigo 363-A ganhou reforço pela Lei nº. 13.271, de 15/04/2016 (que dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais), que embora não traga novidade quanto à proibição, determinou o pagamento de multa aos infratores, no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), que deverá ser revertido aos órgãos de proteção aos direitos da

²¹⁰ NUNES, Rosana Marques, *op. cit.*, p. 68-69.

²¹¹ *ibidem*, p. 69.

²¹² VASCONCELOS, Livia Garcia. Poder diretivo do empregador: da legalidade e limitações das revistas pessoais nos empregados. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 27, n. 320, fev. 2016, p. 125.

mulher. Em caso de reincidência, o valor será dobrado, independente de indenização por danos morais e materiais.²¹³

Segundo José Afonso Dallegrave Neto, existem três espécies de revista íntima: “a) revistas íntimas sobre a pessoa do empregado; b) revistas íntimas sobre os bens do empregado; c) revistas não íntimas”.²¹⁴

As revistas íntimas sobre a pessoa do empregado, primeira espécie, são aquelas que submetem o empregado a ato de molestamento físico, expondo o corpo. São as revistas mais ofensivas, pois adentram a reserva íntima do ser humano. Estas são consideradas abusivas, ilícitas e indenizáveis nos termos do artigo 187 do Código Civil. Tal atitude do empregador ultrapassa o limite do razoável, não se justificando seja pelo fim econômico da empresa, seja pela boa-fé ou pelos bons costumes. Esta atitude excede os limites do poder diretivo do empregador.²¹⁵

A segunda espécie, revista íntima sobre os bens do empregado, é considerada aquela que vistoria bolsas, carteiras, armários, mesas, arquivos pessoais de computador e outros espaços privativos. Alice Monteiro de Barros, a respeito do tema, observou que

a partir do momento em que o empregador concede aos obreiros espaços exclusivos obriga-se implicitamente a respeitar sua intimidade. Encontra-se aqui um clima de confiança que os empregadores, em outras situações, exigem espontaneamente de seus empregados. Em consequência, a revista realizada nessas circunstâncias implica violação da intimidade do empregado a qual é vedada pela Constituição da República.²¹⁶

As revistas íntimas sobre os bens do empregado somente devem ser admitidas se houver uma suspeita razoável sobre o empregado, como, por exemplo, se uma câmera interna capturar uma imagem de ato ilícito realizado pelo empregado, ou, em outra situação, houver disparo de alarme de etiqueta magnética inserida no bem.²¹⁷ Para Lília Leonor Abreu e Deyse Jacqueline Zimmermann, não há razão para o empregador realizar revista cotidiana nos

²¹³ BRASIL. **Lei nº. 13.271, de 15 de abril de 2016**. Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13271.htm>. Acessado em: 05 jun. de 2016.

²¹⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O procedimento patronal de revista íntima. Possibilidade e restrições**. In FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Coord. Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009, p. 209.

²¹⁵ *idem*.

²¹⁶ BARROS, Alice Monteiro. “A revista como função de controle do poder diretivo”. **Revista Gênisis**, n. 66. Curitiba: Junho, 1998, p. 819.

²¹⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *op. cit.*, p. 211.

pertences do empregado sem que se apresente um motivo concreto que possa identificar a prática de ato ilícito.²¹⁸

Por fim, a terceira espécie, revistas não íntimas, são as realizadas sem contato físico e procedidas a distância, como passagem em portas de detector de metal, aparelhos de raios X, câmeras de vídeo, etiquetas magnéticas e detectores de metais. Estes meios são considerados lícitos desde que em situações específicas justificadas. Mesmo que não haja contato, calha ressaltar que também esta revista coloca em colisão dois interesses tutelados pela Constituição de 1988: a propriedade privada da empresa e a intimidade do trabalhador. Nestes casos, como já exposto, o julgador se pautará no Princípio da Proporcionalidade para solucionar.²¹⁹

Rosana Marques Nunes observa que de

[...] forma geral tanto a doutrina como a jurisprudência pátria entendem tolerável a realização de revistas pessoais A justificativa para tal posicionamento tem como referência o direito de propriedade o poder de direção do empregador e a redação do inciso VI do art. 373-A da CLT havendo quem defenda que a revista em empregados está permitida desde que não seja íntima.²²⁰

As revistas pessoais, ainda que agasalhadas pelo exercício do poder de controle do empregador, em hipótese alguma poderão ser realizadas de forma arbitrária e incondicionada por aquele, ficando sujeito às normativas protetivas dos direitos dos trabalhadores, devendo estar atento ao princípio da dignidade humana.²²¹ Dentro dos limites legais, somente a revista não íntima feita à distância e a revista íntima sobre os bens do empregado são admissíveis, devendo ser utilizadas com discrição e com o tratamento mais digno possível, justificando as razões.²²²

Sobre o tema Alice Monteiro de Barros esclarece:

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, que se projeta sobre bolsos, carteiras, papéis, fichários e espaços a ele reservados. Entendimento contrário afronta o preceito constitucional, que considera a intimidade do cidadão brasileiro.²²³

²¹⁸ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Direito à intimidade x revista pessoal do empregado. **Revista do TRT da 12ª Região**, Santa Catarina, nº 21, 1º sem. 2005, p. 59-65.

²¹⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *op. cit.*, p. 211.

²²⁰ NUNES, Rosana Marques, *op. cit.*, p.68.

²²¹ VASCONCELOS, Livia Garcia, *op. cit.*, p. 128.

²²² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *op. cit.*, p. 212.

²²³ BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, *loc. cit.*

A revista íntima se apresenta possível, no entendimento de Alice Monteiro de Barros, quando as circunstâncias concretas permitirem, por exemplo, existência, na empresa, de bens suscetíveis de subtração e ocultação de elevado valor econômico. A autora ainda afirma que, para ser lícita, a revista deve ter caráter impessoal e geral, de forma a evitar desconfianças e mal-estar, utilizando-se de critério objetivo, ou seja, através de sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor, mediante ajuste prévio com o empregado ou através de entidade sindical, preservando os direitos da personalidade.²²⁴

Furtos circunstanciais não justificariam a revista, segundo o entendimento de Daniela Alves Gomes, dado que tal ato não causa grande prejuízo ao patrimônio do empregador, e estas pequenas perdas fazem parte do risco do negócio. Não seria uma forma efetiva e eficiente de defesa do patrimônio. Uma atitude pautada desta maneira levaria a uma afronta ao direito à intimidade e vida privada do empregado. A mera suspeita não pode ser utilizada como motivação da revista, há necessidade de uma situação concreta para justificar os procedimentos.²²⁵

No entendimento de Rui Assis, as revistas ou inspeções que ocorram sobre a pessoa do trabalhador, sobre os seus bens ou em seus pertences e espaços reservados ao seu uso:

[...] deverão ser considerados igualmente ilícitos, a menos que o trabalhador visado dê o seu consentimento. E, mesmo no caso de existir consentimento, também nos parece, em tese geral, que tal revista só poderá ocorrer em caso de manifesta e comprovada necessidade, na presença do próprio trabalhador e, se ele assim o desejar, também na presença de uma terceira pessoa por si indicada.²²⁶

Rosane Marques Nunes entende que a solução esteja no aproveitamento dos avanços tecnológicos para proteger os direitos fundamentais do trabalhador, como a instalação de detectores de metais, como forma de evitar procedimentos que venham a ferir a intimidade do trabalhador. Na impossibilidade da solução tecnológica, é possível a revista em bolsas e sacolas, adotando-se este procedimento como proteção ao patrimônio do empregador, mas que alguns cuidados devem ser tomados para não afrontar direitos fundamentais do trabalhador, como, por exemplo, que as bolsas e sacolas sejam abertas pelo próprio empregado. Esta forma também seria uma solução para a vistoria em armários, gavetas e veículos, sem que os prepostos da empresa venham a tocar nos pertences do empregado.

²²⁴ BARROS, Alice Monteiro de, 1997, *op. cit.*, p. 72-74.

²²⁵ GOMES, Daniela Alves. Direito à intimidade do empregado. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 41, nº. 148, p. 664, 2005.

²²⁶ ASSIS, Rui. **O poder de direção do empregador. Configuração geral e problemas actuais**. Portugal: Coimbra Editora, 2005, p. 241.

Todos os empregados deverão ser submetidos à revista de forma indistinta, somente em casos excepcionais (empresa com grande número de trabalhadores) se toleraria a revista parcial, mas devendo proceder por meio de sorteio.²²⁷

No pensamento de Manoel Jorge e Silva Neto, é possível o empregador realizar revista pessoal em objetos e veículos do empregado, desde que seja observado o critério da proporcionalidade e que o procedimento não seja constrangedor e vexatório.²²⁸

Segundo Juliana Augusta Medeiros de Barros, os empregadores realizam a revista em seus empregados por dois principais motivos: “o primeiro seria a necessidade de preservação do patrimônio empresarial, seja dos meios de produção, seja dos bens produzidos; o segundo seria a segurança das pessoas que se encontram no meio ambiente de trabalho.”²²⁹

Para Romita, a revista pessoal do empregado e de seus pertences será considerada lícita nas seguintes situações: “a) não ocorrer violação ao direito à intimidade do empregado, caracterizando atentado ao seu pudor natural; b) justificada pela natureza da atividade da empresa; c) estiver em jogo interesse social relevante”.²³⁰

No pensamento de Lília Leonor Abreu e Deyse Jacqueline Zimmermann, para haver um equilíbrio é necessário alcançar um denominador comum entre a necessidade de preservação do patrimônio empresarial e a intimidade e privacidade do empregado. Para tanto, enquanto não houver legislação específica, é necessário o ajuste prévio com o sindicato da categoria através de instrumento coletivo ou que conste do regulamento da empresa, observando o direito à intimidade e à honra do trabalhador, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e que em caso de abuso, a resolução será pela Justiça do Trabalho, órgão competente para julgar o conflito.²³¹

Ultrapassando essa questão, para Sandra Lia Simón, “a prática da revista desrespeita o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII. Ademais se aos acusados são assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, como excluir da incidência desse dispositivo os simples ‘suspeitos’?”²³² O ponto de vista

²²⁷ NUNES, Rosana Marques, *op. cit.*, p.82.

²²⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 117-118.

²²⁹ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 190.

²³⁰ ROMITA, Arion Sayão, 2014, *op. cit.*, p. 322.

²³¹ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline, *op.cit.*, p. 64.

²³² SIMÓN, Sanda Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 148.

expressado por Simón não pode deixar de ser considerado, já que a intimidade possui vários graus.

Detalhes devem ser levados em consideração quando se trata da revista íntima, ainda que processada da maneira menos gravosa como já exposto. Por exemplo, não deve a revista proceder na presença de clientes do empregador e nem na presença de pessoas que estejam passando em local público, como calçadas. O horário deve ser sempre o da saída do trabalho e em local reservado. As revistas no meio do expediente podem ser constrangedoras.

Acrescentando ao entendimento de que a revista deve ser o menos gravosa possível e que o uso da tecnologia pode minimizar o impacto das revistas íntimas, Nádia Regina de Carvalho Mikos e Marco Antônio César Villatore ressaltam que “uma cultura organizacional em que o empregado se sinta privilegiado e respeitado já seria suficiente para afastar os riscos de uma violação ao patrimônio da empresa”.²³³

O direito de resistência “na história contemporânea tornou-se um direito inerente e indispensável ao empregado”²³⁴ para a defesa de seus direitos fundamentais. Para Canotilho, o empregado tem o direito de resistência como derradeira forma de proteção aos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais ofendidas por atos de entidade privada ou do Poder Público.²³⁵

Segundo o fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais, o artigo 5º, II, da Constituição de 1988, ao trazer a regra de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, estende-se aos particulares. Desta forma, ao promover uma ordem ilícita, o empregador viola direito fundamental do trabalhador, dando a este o direito de resistência.

O empregado na relação laboral se encontra em posição inferior e muitas das vezes o exercício do direito de resistência se apresenta como meio difícil de executar, frente o poder do empregador. Ainda que seus direitos fundamentais estejam sendo violados, o ordenamento jurídico pátrio oferece meios para que os direitos afrontados na revista íntima sejam reparados.

Um dos meios mais recentes de reparação por danos em razão da revista íntima é a Lei nº. 13.271, de 15 de abril de 2016, que condena o infrator ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de multa, e, reincidindo-se, o valor pode ser dobrado. Apesar deste valor não

²³³ MIKOS, Nádia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁴ VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. O poder diretivo empresarial e a tutela inibitória dos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 21, n. 243, set. 2009, p.14.

²³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, 1991, *op. cit.*, p. 676.

reverter ao empregado, e sim a terceiros, é uma forma de punição ao empregador que praticou ato ilícito.

Outro meio de reparação se encontra na própria legislação trabalhista, no artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhista, que trata da rescisão indireta do contrato de trabalho, como leciona Rosana Marques Nunes:

A alínea *b* do art. 483 da CLT prevê a possibilidade de rescisão indireta contrato de trabalho quando o empregado for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; a alínea *c* prevê tal possibilidade quando o empregado correr perigo manifesto de mal considerável; enquanto alínea *e* prevê que o empregado pode rescindir o contrato quando o empregador ou seus prepostos praticarem, contra o empregado ou pessoas de sua família, lesivo da honra e boa fama.²³⁶(grifos no original)

O artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhista garante ao empregado o direito de se afastar do trabalho e buscar judicialmente a rescisão indireta do seu contrato de trabalho em caso de invasão de privacidade e desrespeito a sua dignidade. A ação trabalhista, através da sentença, estabelecerá a data da rescisão contratual, bem como as verbas rescisórias a que tem direito.

Estando o empregado em situação de estabilidade, e, diante de situação tão gravosa, o correto seria o pedido de indenização do período estável, sendo o entendimento de Rosana Marques Nunes, afirmando que “após o afastamento do emprego, diante de um motivo tão grave (a prática de revistas íntimas), de seguida ação judicial de rescisão indireta, o empregado tenha condições de ser reintegrado. Diante de tal situação, a melhor solução seria a indenização referente ao período estável ou de garantia de emprego”.²³⁷

O dano moral surge como mais um meio de reparação dos direitos fundamentais afrontados. Havendo prejuízo, pressuposto da responsabilidade civil, haverá o dever de indenização. Pode ser considerado prejuízo a lesão a um bem jurídico (material, imaterial ou moral), que ocasionará na vítima um sentimento de tristeza, angústia, injustiça, podendo ainda ser um prejuízo social, como nas situações de pessoas doentes mentais, ou afetar um direito da personalidade, como o direito à imagem.²³⁸

Para que o dano moral gere direito à indenização é necessário que haja uma relação de causa e efeito com o ato praticado e o dano. No entanto, a agressão moral por si é suficiente para causar dano. Para Alice Monteiro de Barros, “a responsabilidade para

²³⁶ NUNES, Rosana Marques, *op. cit.*, p. 97.

²³⁷ *ibidem*, p. 99.

²³⁸ *ibidem*, p. 100.

reparação do dano surge no momento em que se verifica o fato da violação, não havendo que se cogitar em prova do sofrimento”.²³⁹

Reginald Delmar Hintz Felkekr avalia que “a indenização por dano moral está a desafiar a inteligência e a sensibilidade de advogados e de juízes, para alcançar seu fim social e o objetivo de resguardar a dignidade humana, num contexto que se pretende ético, solidário e justo”.²⁴⁰

O valor a ser fixado para a indenização do dano moral deve ser por arbitramento do juiz, e este é o entendimento da doutrina e da jurisprudência. O julgador deve balizar as provas e fatos, pautado no princípio da razoabilidade, determinando um valor que sirva de sanção ao infrator e ao mesmo tempo seja reparatório para a vítima.

4.2.3 Câmeras de vídeo

A influência da tecnologia no ambiente de trabalho é direta, e vem contribuindo de forma positiva, facilitando a produtividade e provocando maior rentabilidade e qualidade na produção.

O empregador, para atingir seus objetivos, vem utilizando aparelhos audiovisuais para monitorar o ambiente de trabalho. Essa postura vem apoiada no poder diretivo do empregador, e sua utilização requer a preservação da privacidade do empregado, excluindo alguns ambientes desse controle.

As câmeras de vigilância são amplamente utilizadas nos ambientes em que se quer o controle de acesso de pessoas e conservação patrimonial. Também têm sido usadas para o controle do ambiente de trabalho. Essa vigilância é feita por uma câmera de vídeo ligada por cabeamento a um aparelho de televisão ou monitor de computador, onde se pode observar o que ocorre em diversos ambientes de um mesmo prédio. Estas imagens podem ser gravadas.

As câmeras de vídeo, conforme ensina Marcelo Pereira Peres

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

²³⁹ BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, 2007, p. 636-637.

²⁴⁰ FELKER, Reginald Delmar Hintz. **O dano moral o assédio moral e o assédio sexual relações do trabalho doutrina jurisprudência e legislação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 107.

[...]. Essa imagem capturada é então processada e transmitida para o sistema de controle [...].²⁴¹

As câmeras de vigilância e segurança são utilizadas dentro do Circuito Fechado de Televisão (CFTV). As câmeras, distribuídas pelo prédio, são posicionadas em locais específicos, onde se objetiva a supervisão. O sistema de televisionamento (televisor ou computador com monitor) distribui sinais provenientes das câmeras.²⁴²

O sistema de Circuito Fechado de Televisão utiliza câmeras específicas para cada local monitorado e o nível de vigilância exigido. As câmeras que filmam em preto e branco são mais sensíveis e, em razão desta qualidade, são utilizadas para ambientes externos e baixa iluminação. As câmeras coloridas servem para ambientes internos com iluminação garantida.

As novas tecnologias utilizadas pelo Circuito Fechado de Televisão permitem que as imagens, feitas nos espaços com câmeras de vigilância possam ser acompanhadas à distância pela internet, ou *intranet*. O vídeo pode ser enviado por meio das redes locais (LAN) ou da internet banda larga²⁴³.

A internet, na definição de Liliane Minardi Paesani, “é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo o planeta. As ligações surgem de várias maneiras: redes telefônicas, cabos e satélites”.²⁴⁴

O Circuito Interno de Televisão tem sido muito utilizado em ambientes comerciais e privados para a segurança. As câmeras de vídeo podem ser dispostas isoladamente ou no formato circuito interno, e a princípio sua utilização serve para a observação do processo de produtividade, com vistas a melhorar a produção, bem como para evitar furtos e desvios de atenção pelo trabalhador.

O aceite desses equipamentos pela doutrina e jurisprudência tem se mostrado positivo, desde que o empregador preserve o direito à privacidade e à intimidade do empregado, e isto representa a não colocação de câmeras em locais como banheiros,

²⁴¹ PERES, Marcelo Pereira. **Guia do CFTV – treinamento básico**. Revisão 2.1. Jan 2007. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 dez 2016.

²⁴² *idem*.

²⁴³ “A internet de banda larga é a possibilidade de acesso à rede Internet e navegação em alta velocidade, em virtude de o processamento e transmissão de dados se darem 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. Cf. BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meio eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2012. p. 201.

²⁴⁴ PAESANI, Liliana Minardi, *op cit.*, p. 27.

vestiários, refeitórios e salas de descanso, preservando-se assim o direito à dignidade do trabalhador em situações especificamente suas.²⁴⁵

A respeito da matéria, Bruno Lewicki esclarece que a jurisprudência já se manifestou sobre o tema e reconheceu a inexistência de abuso de direito do empregador no uso de circuito fechado de televisão no ambiente de trabalho para fiscalizar os empregados e verificar a execução das atividades. Lewicki ainda ressalta que:

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique através de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência da tecnologia [...] Inadmissível é entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução de aparelhos audiovisuais indistintamente.²⁴⁶

Para Manoel Jorge e Silva Neto, a vigilância eletrônica no local de trabalho, com a finalidade voltada para a atividade do empregado no período da jornada de trabalho em razão da natureza da atividade, por exemplo, fábrica de minúsculos componentes eletrônicos, é essencial. Deslocando-se deste limite de ação, a vigilância eletrônica seria uma ofensa ao direito à intimidade do trabalhador, a exemplo de vestiários, refeitórios ou outros espaços que a empresa destine à socialização dos empregados.²⁴⁷

Mantovani Júnior entende que o empregado tem o direito a tomar ciência de que a empresa passará a monitorar suas atividades no ambiente de trabalho através de aparelhos audiovisuais.²⁴⁸

De forma diversa, Joselita Nepomuceno Borba entende que, situações de vigilância permanente e ostensiva das atividades do empregado ao longo de sua jornada, podem vir a ser consideradas lícitas, ainda que sem o consentimento do trabalhador, mesmo que ao final se mostre ineficaz e necessária ao efeito buscado pela entidade sindical.²⁴⁹

Para Rui Assis, a instalação é admissível quando o sistema de vídeo é colocado para o controle técnico da produção e da segurança do trabalho, é admissível, desde que comprovada a necessidade e haja prévio conhecimento do empregado. Se a instalação desses equipamentos objetivar controlar a atividade ou o comportamento do empregado, o autor entende que são:

²⁴⁵ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 201.

²⁴⁶ LEWICKI, Bruno, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge, *op. cit.*, p. 117.

²⁴⁸ MANTOVANI JUNIOR, Laert, *op. cit.*, p. 85.

²⁴⁹ BORBA, Joselita Nepomuceno, *op. cit.*, p. 59.

[...] ilícitas e inadmissíveis – na medida em que violam a esfera privada dos trabalhadores, podendo configurar-se também, por outro lado, como excessivas e desproporcionadas -, exceto quando exista prévio e expreso consentimento por parte dos trabalhadores ainda assim sem prejuízo das observações já anteriormente feitas a propósito deste aspecto do consentimento.²⁵⁰

A discussão a respeito dos limites do poder diretivo do empregador, quando se trata do controle da atividade através das novas tecnologias, é objeto de diversos embates jurídicos. Se no Brasil é assim, em outros países não é diferente, e as discussões vão tomando forma e definição aos poucos. Marco Antônio Villatore e Alexandre Euclides Rocha prelecionam que na Itália é o empregador quem determina o rumo que a empresa deve tomar, cabendo-lhe também todas as responsabilidades e consequências, mas esclarecem que há limites, e dentre eles:

É proibido o uso de aparelhos audiovisivos para controle a distância da atividade dos trabalhadores na empresa exceto quando houver atividade que necessite de tal utilização ou para a segurança, no local de trabalho, e, mesmo assim, somente através de acordo com a representação sindical mais representativa ou, na falta desta, por meio da comissão interna.

As “revistas íntimas” nos trabalhadores são proibidas, exceto quando forem indispensáveis à proteção do patrimônio da empresa, em relação à qualidade dos instrumentos de trabalho, das matérias-primas ou dos produtos.²⁵¹

O Direito do Trabalho português, quando trata da questão de controle do empregado por meio audiovisuais, resguardou direitos ao empregado, mas sem deixar de reconhecer o poder diretivo do empregador. A legislação portuguesa prevê que o empregador não pode utilizar-se de equipamentos tecnológicos para controlar o desempenho do trabalhador a distância. A legislação abre exceção para os casos de proteção e segurança de pessoas e bens, ou quando a natureza da atividade assim o justifique, devendo o empregado ter o conhecimento desse controle.²⁵²

O direito de resguardo se insere na situação em que o empregador se utiliza de circuito de câmeras para filmar o local de trabalho, ressaltando que esse direito não está limitado ao que é inacessível ao conhecimento alheio, mas compreende também o que passa a ser acessível ao conhecimento de terceiros, e nesta situação não pode torná-lo público.²⁵³

²⁵⁰ ASSIS, Rui, *op. cit.*, p. 236.

²⁵¹ VILLATORE, Marco Antônio; ROCHA, Alexandre Euclides. **A atividade econômica do empregador em consonância com os direitos fundamentais do empregado.** In: VILLATORE, Marco Antônio. HASSON, Roland. (Coords). Estado & Atividade Econômica. Curitiba: Juruá, 2007, p. 163 e 170.

²⁵² VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵³ CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 157.

O empregador, dentro de seu poder diretivo, tem o direito de utilizar todos os meios possíveis para a proteção de seu patrimônio e desenvolvimento de sua atividade. No entanto, a instalação de câmeras de segurança no ambiente de trabalho deve ser limitada aos locais considerados espaços públicos dentro da empresa e com o conhecimento do empregado. O controle do empregado em locais como banheiro e vestiário não é possível em razão da legítima afronta à intimidade e à privacidade do empregado. Mesmo no ambiente em que são realizadas as atividades as câmeras devem ser posicionadas de forma a focar o ambiente e não um único empregado. Esse tipo de controle não pode colocar o trabalhador em situação vexatória ou de estresse. Caso ocorram esses fatos, o empregador será responsabilizado e poderá ter que reparar financeiramente os danos causados ao empregado.

4.2.4 Polígrafos

O senso comum da população reconhece o polígrafo como sendo um aparelho utilizado para detectar se a pessoa investigada está ou não mentindo. Não é comum aos empregadores se utilizarem desse aparelho, sendo permitido em algumas empresas em função do tipo de prestação de serviço que fazem.

O polígrafo é um aparelho com a sensibilidade de medir e gravar as variáveis fisiológicas, como movimentos respiratórios da pessoa examinada, quando submetida a perguntas específicas, cujo resultado é conhecido como exame de detecção psicofisiológica de fraude.²⁵⁴ A análise do resultado deverá ser feita por operadores de polígrafo.

Ao contrário do que o senso comum entende, o polígrafo não detecta as mentiras de uma pessoa. São as reações fisiológicas, como pressão arterial, alteração das batidas do coração e da respiração, que levarão o operador a concluir se a pessoa está mentindo ou não.²⁵⁵

O polígrafo é um instrumento que combina aparelhos médicos utilizados para monitorar as condições do paciente conforme esclarece Kevin Bonsor:

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

²⁵⁴ Dicionário de Língua Portuguesa. v. II. São Paulo: Editora Barsa Planeta Internacional Ltda., 2005, p. 810.

²⁵⁵ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 180.

indicar se a pessoa está mentindo, mas os resultados dos exames estão abertos à interpretação do examinador.²⁵⁶

Na realização do exame de polígrafo, ficam na sala somente o operador da máquina e a pessoa que está submetendo-se ao teste. O psicofisiologista precisa preparar o aparelho e a pessoa que será submetida ao teste, fazer as perguntas, observar e identificar o perfil da pessoa e ainda analisar as informações colhidas durante o exame. A forma como o examinador realiza as perguntas pode influenciar o resultado, devendo ser proferidas com objetividade e de forma calma.²⁵⁷

Algumas empresas utilizam o polígrafo na seleção de empregados, bem como no ambiente de trabalho, durante a relação de emprego, com o objetivo de verificar se os empregados passam informações corretas sobre suas vidas particulares e profissionais.

Nas empresas de aviação, como a *American Airlines*, essa prática é comum, e a empresa justifica que essa atitude fiscalizando os empregados em prol da segurança dos passageiros, principalmente, prevenindo-se contra as ameaças de terroristas.²⁵⁸

A jurisprudência não é pacífica quanto à utilização do polígrafo no ambiente de trabalho. Uma parte do judiciário entende que a exigência do teste do polígrafo deve decorrer de cláusula contratual, cuja determinação se encontra prevista no regulamento da empresa com a qual o empregado mantenha o contrato de trabalho, de forma a não ocorrer afronta à intimidade do trabalhador. Procedendo-se desta forma, ocorrerá a inibição do dano moral a ser indenizado. Em sentido contrário, vem o entendimento de que a utilização de detector de mentira é um ato invasivo, portanto, violador da intimidade e da privacidade do empregado, gerando direito a indenização por danos morais.²⁵⁹

A doutrina tem entendido que a realização do teste de polígrafo, no ambiente do trabalho, ainda que vise à segurança da empresa, dos empregados e da sociedade, viola direitos fundamentais do empregado, razão pela qual não deve ser utilizado. Para os que defendem a utilização desse aparelho, a justificativa reside no fato de que a simples realização do exame levaria o empregado a falar a verdade. Esses argumentos não justificam a utilização, pois existem pessoas que têm a capacidade de autocontrole emocional de forma que a submissão não obteria êxito. O segundo argumento contrário à tese defensora da

²⁵⁶ 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 10 jan. 2017.

²⁵⁷ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 181.

²⁵⁸ *idem*.

²⁵⁹ *ibidem*, p. 182-183.

utilização do polígrafo reside no fato de que o constrangimento de passar pelo teste pode levar a reações psicofisiológicas diversas, o que acarretaria em um diagnóstico de falsidade mesmo ao dizer a verdade.²⁶⁰

No entendimento de Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin, a utilização do polígrafo para a contratação de empregado ou para controle da atividade empresarial configura afronta à Lei nº. 9.029, de 13 de abril de 1995, que, em seu artigo 1º, proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção”.²⁶¹

A utilização do polígrafo, embora não tenha uma legislação que o regulamente, vem sendo aceita, mas para sua aplicação deve haver previsão em estatuto da empresa justificando a necessidade e normatizando sua aplicação.

4.2.5 Internet e correio eletrônico

A tecnologia evoluiu muito nas últimas décadas, mas o mais fantástico são as tecnologias de comunicação, que vieram, lentamente, mas de forma definitiva, quebrar barreiras entre os povos, apresentando um mundo globalizado. Dentre os meios de comunicação de destaque estão os e-mails, que mais que simples correspondências virtuais, passaram a ser verdadeiros instrumentos que protagonizam relações jurídicas das mais variadas espécies.

O ambiente de trabalho não se exclui dessa modernidade, ao contrário, é pelos e-mails que no mundo empresarial se realizam e se documentam negociações, como, por exemplo, contratos de compra e venda, notificações, convites, rescisões contratuais, e muitos outros. Sem dúvida nenhuma a grande propulsora dessa rápida evolução é a *internet*, pela qual a comunicação do mundo corporativo toma grandes proporções.

A tecnologia chegou primeiro através dos computadores que, aos poucos, foram substituindo máquinas de escrever e calculadoras manuais. O surgimento da internet veio logo após os computadores, timidamente no início, mas em pouquíssimo tempo abriu um mundo virtual com facilidades de todos os tipos, como exemplo, o acesso às contas bancárias para se fazerem transações sem a necessidade de se ir ao banco.

²⁶⁰ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p.187.

²⁶¹ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Poder de direção versus direito à privacidade do empregado. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 17, n. 205, p. 93, jul. 2006.

Com a internet, veio o e-mail. Enquanto a internet abria um mundo de acesso a informações através de sites, o e-mail propiciava a comunicação entre partes. Para entender todo o processo da internet é importante conhecer a sua história.

O despertar da história das redes teve início na época da guerra fria entre os Estados Unidos da América e a extinta União Soviética, quando a ameaça de uma guerra nuclear pairava entre as duas potências e havia muita preocupação com a corrida tecnológica.²⁶²

Em 1969 a agência de projetos avançados (Arpa) do Departamento de Defesa norte-americano possuía um projeto denominado *Arpanet*, que buscava um meio para que o sistema de telecomunicações americano não fosse interrompido caso houvesse um ataque nuclear. Contratou-se a empresa *Rand Corporation*. A solução apresentada e colocada em prática para o teste foi a formação de pequenas redes locais (LAN), instaladas em locais diversos do país e coligadas por redes de telecomunicações geográficas (WAN). O objetivo era o de proteger os dados. Assim, se uma das cidades fosse destruída em função de um ataque nuclear, as demais manteriam os dados. Seria uma rede de redes conexas, isto é, *Inter Networking* ou internet, cuja coligação manteria a comunicação nas demais cidades.²⁶³

Foi no ano de 1973, através do Departamento de Pesquisa avançada da Universidade da Califórnia, que Vinton Cerf, responsável pelo projeto, registrou o Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo *Internet* (protocolo TCP/IP). Este protocolo é um código que permite aos “diversos *networks* incompatíveis por programas e sistemas comunicarem-se entre si”. Em 1974 foi criada uma versão comercial da rede ARPANET, denominada *Telenet*, considerada a primeira rede pública. Este o marco da efetiva instituição da internet.²⁶⁴

Com um número elevado de conexão de novas redes, como a BITNET (*Because It's Time Network*), a EUNET (*European Unix Network*), a JUNET no Japão e a EARN (*European Academic and Reserch Network*), na década de 1980, houve necessidade de a ARPANET modernizar os protocolos de comunicação utilizados. Em 1983 os protocolos de transmissão de dados TCP/IP passaram a utilizar o termo “*internet*” para referir-se às redes que se vinham conectando entre si. Os impulsionadores dessa conquista foram os computadores pessoais (os PCs), que surgiram dois anos antes dessa mudança.²⁶⁵

²⁶² HISTÓRIA da internet. **Abranet**. Disponível em: <http://www.abranet.org.br/históriadainternet/menu.htm>. Acesso em: 01 agosto de 2016.

²⁶³ PAESANI, Liliana Minardi, *op. cit.*, p. 25.

²⁶⁴ *idem*.

²⁶⁵ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meio eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2012, p. 221.

O elemento propulsor da internet como instrumento de comunicação em massa, foi o *World Wide Web* (WWW ou Web). O nascimento do WWW ocorreu no ano de 1989 no Laboratório Europeu de Física de altas energias, com sede em Genebra, através de T. Berners – Lee e R. Cailliau. O sistema criado por Berners e Cailliau permitiu que qualquer usuário pudesse ter acesso a diversos serviços, sem haver necessidade de conhecimento dos protocolos de acesso. O WWW é composto de documentos cujos textos, imagens e sons podem ser relacionados com outros documentos, criando uma cadeia de conhecimentos e relacionamentos para o acesso pelo usuário final.²⁶⁶

A criação dos navegadores (*Browsers*) contribuiu para o sucesso da internet, e em 1993 os navegadores se apresentaram com capacidade gráfica, possibilitando a distribuição de imagens na internet. A exemplo temos o *Netscape* e o *Internet Explorer*. Num círculo vicioso positivo, em razão de novos instrumentos, surgiram novos usuários, que levaram a novos instrumentos, fazendo as conexões entre novas redes a aumentar vultuosamente.²⁶⁷

Foi em 1991, através da Rede Nacional de Pesquisa (RNP), que a história da internet começou no Brasil. A RNP estava subordinada ao Ministério de Ciência e Tecnologia, que tinha por objetivo gerenciar a rede acadêmica nacional. Em caráter experimental, em 1994, a EMBRATEL lançou a internet. O experimento foi um sucesso e o Ministério de Ciência e Tecnologia, em conjunto com o Ministério das Comunicações, abriram para o setor privado a exploração comercial com o Comitê Gestor da Internet, o qual passou a acompanhar a expansão dessa rede de comunicação no país.²⁶⁸

Para Liliane Minardi Paesani, a internet “é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo o planeta”.²⁶⁹ Essas ligações ocorrem de diversas maneiras: cabos, satélites, redes telefônicas, fibra ótica, rádio e *wireless*. Os instrumentos utilizados para o acesso à internet vão dos conhecidos computadores aos telefones celulares, passando pelos *tablets* e os televisores, dentre vários outros dispositivos disponíveis no mercado tecnológico. A internet é uma “rede de redes”. É possível ter uma rede de internet exclusiva de um espaço geograficamente determinado, como, por exemplo, em uma determinada empresa, que são as

²⁶⁶ PAESANI, Liliana Minardi, *op. cit.*, p. 26.

²⁶⁷ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meio eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador.** São Paulo: LTr, 2012, p. 221.

²⁶⁸ *idem.*

²⁶⁹ PAESANI, Liliana Minardi, *op. cit.*, p. 27.

redes LAN (*Local Area Network*), e as redes WAN (*Wide Area Network*), que unem computadores situados em locais distantes.²⁷⁰

A internet é propulsora de serviços, informações, comércios, negócios, entretenimentos, comunicações dentre outras inúmeras facilidades, fazendo com que o usuário fique ligado na rede por grandes períodos. A internet proporciona a comunicação entre pessoas de diversos lugares através do e-mail.

Os seres humanos estão unidos numa relação simbiótica originária da comunicação em rede, a qual constitui a essência da internet e permite a construção de uma infinidade de projetos eletrônicos globais. A velocidade da comunicação por fibras óticas substituiu os circuitos de satélites em numerosas linhas de comunicação a distância entre clientes domésticos e comerciais. A cultura da internet, através das redes sociais, muda a forma de interagir das pessoas, cuja comunicação se multiplica por mensagens eletrônicas, *chat rooms*, jogos, teleconferências. A internet ainda permite às pessoas, nos chamados *blogs*, a criação de espaços exclusivos para a publicação de textos, fotos etc.²⁷¹

O e-mail ou *Electronic Mail* é uma “maneira de enviar uma mensagem eletrônica entre computadores, por um endereço eletrônico conhecido de determinado destinatário”. A utilização desse serviço se dá através de uma conta de e-mail obtida do provedor de serviços da internet ou de um servidor específico de correio eletrônico. O provedor fornece uma caixa de correio eletrônico (*mail box*), onde se armazenam as mensagens recebidas e enviadas, cujo armazenamento ocorre no prestador do serviço de forma *on-line*.²⁷²

Com a internet e o e-mail o trabalho fica rápido e eficaz, os empregadores passam a disponibilizá-lo aos empregados, abrindo o acesso à rede mundial-internet, objetivando a melhoria na presteza e qualidade no desenvolvimento do trabalho.

Ao mesmo tempo em que essa modernidade promove o desenvolvimento do trabalho, de outro lado o empregado pode acessar *sites*²⁷³ diversos dos de trabalho e mandar e-mails particulares.

²⁷⁰ LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. **O manual da internet**. Trad. Insight Serviços de Informática. Rio de Janeiro: Campus, 1994. p. 28.

²⁷¹ SAKO, Emília Simeão Albino. Uso laboral e extralaboral do correio eletrônico e internet. Controle patronal indevido ou abusivo. Lesão aos direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 2, n. 19 junho 2013. p. 18.

²⁷² SHIRKY, Clay. **Internet: guia de acesso por correio eletrônico**. Trad. Cláudio Costa. Rio de Janeiro: Infobook, 1994, p. 14.

²⁷³ “Um *site* é uma coleção de arquivos, documentos e gráficos que alguém deixou disponível para outras pessoas pela internet.” WHITE, Ron. **Como funciona o computador III**. Trad. Túlio Camargo da Silva. São Paulo: Quark do Brasil, 1997, p. 248.

Por força de ocorrências como essas, os empregadores passam a monitorar a utilização da internet e, principalmente, a utilização dos e-mails de seus empregados durante o horário de labor. Utilizando-se do seu poder diretivo, os empregadores estão levantando o tempo gasto pelo empregado em visitas a *sites* da internet, se são em função da empresa ou se são para deleite particular. Quanto ao e-mail, se estes estavam de acordo com as orientações de uso determinadas pela empresa.

Com tanta facilidade à disposição, não é difícil os empregadores constatarem que empregados se utilizam da internet e de seus e-mails para fins particulares, como acesso a *sites* pornográficos, envio de mensagens ofensivas a outros empregados ou terceiros. Essa situação termina em inúmeras demissões de empregados por justa causa, amparadas no artigo 482²⁷⁴, alíneas *b* e *e* da CLT.²⁷⁵

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, dispõe que “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”.²⁷⁶

Dispositivos legais tratam do tema, como o Código Penal²⁷⁷, artigo 151, que tipifica o delito de violação do sigilo postal ou telegráfico ou telefônico. Regulando os serviços postais, a Lei nº 6.538/1978²⁷⁸ prevê hipóteses às quais não se aplica o sigilo postal e dispõe sobre os crimes de violação de correspondência. A Lei nº 4.117/1962²⁷⁹, Código Nacional de Telecomunicações, prevê o crime de violação de telecomunicações. Também abordando o tema, a Lei nº 9.296/1996²⁸⁰ regula a interceptação telefônica com o fim de produção de prova no processo penal. Esses dispositivos podem ser utilizados nas relações de trabalho. A

²⁷⁴ “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...]; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; [...] e) desídia no desempenho das respectivas funções;” BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

²⁷⁵ MANTOVANI JUNIOR, Laert, *op. cit.*, p. 86.

²⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁷⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 6.538, de 21 de junho de 1978**. Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960-leis-ordinarias>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

²⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 9.292, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

violação de correspondência é um crime que pode ser cometido entre empregado e empregador no período do pacto laboral.

O sigilo de correspondências e das comunicações previsto da Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso XII) vai além dos dispositivos criminais, pousando no artigo 5º, inciso X, daquele diploma legal, que trata da proteção à intimidade da pessoa.

Arion Sayão Romita esclarece que há um desdobramento ou projeção do direito que protege a intimidade da pessoa, por ser mais amplo:

A intimidade, porém, apresenta características que a distinguem dos aspectos particulares do sigilo da correspondência e das comunicações: enquanto a primeira diz respeito ao íntimo da pessoa com a extensão ao lar, o segundo alude a fatos específicos, cuja divulgação ou cujo conhecimento por estranhos o interessado deseja evitar.²⁸¹

A violação de correspondência ou comunicação de uma pessoa caracteriza violação da sua intimidade, ou seja, os seus segredos. A pessoa tem o direito de não ter os seus segredos íntimos devassados, tem o direito de proteger aspectos de sua vida contra o conhecimento de outros. São seus assuntos particulares. O conhecimento dos segredos pela violação de correspondência ou comunicação por si só já caracteriza a violação ao direito à intimidade, mas poderá ocorrer ainda a divulgação ou o uso indevido dessas informações por parte da pessoa que teve acesso, o que agravará os efeitos da violação. Os segredos epistolar, telefônico, profissional, de Estado, telemático, de justiça, etc., são protegidos pela garantia de sua inviolabilidade.

Na relação laboral, ocorrendo violação do sigilo de correspondência e das comunicações pelo empregador contra o empregado, caracteriza-se o crime no âmbito do Direito Penal. Agregado a esse fato, pela legislação trabalhista (CLT, art. 483, alínea “a”)²⁸², o contrato de trabalho poderá ser rescindido pelo empregado e ainda este terá o direito de pleitear indenização correspondente.

As formas de correspondência e comunicação evoluíram acompanhando os avanços tecnológicos. Essa evolução estendeu-se para o mundo, pois maioria da população possui computadores e dispositivos móveis para se comunicar. As pessoas passaram a se comunicar por correio eletrônico (e-mail – transmissão e recepção de mensagens através da internet).

²⁸¹ ROMITA, Arion Sayão, 2014, *op. cit.*, p. 343.

²⁸² BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acessado em: 07 jul. 2016.

Os ambientes de trabalho têm seus computadores, indispensável para determinadas funções, ficando à disposição do empregado para uso laboral, muitas vezes, são utilizados por ele para fins particulares como recepção de e-mails ou visitação a *sites* diversos. Em alguns casos, sem o conhecimento do empregador, o empregado pode utilizar-se do instrumento de trabalho para enviar mensagens a terceiros com cunho humorístico ou pornográfico, mas o maior perigo ainda é quando a utilização representa um crime, como exploração sexual infantil.

Para Arion Sayão Romita, a denominação que se dá ao correio eletrônico como sendo um e-mail está equivocada, pois não se identifica esse instrumento de comunicação com a correspondência postal, não podendo ser a ele aplicada a proteção constitucional de sigilo de correspondência.²⁸³ Sandra Lia Simón defende a afirmação, sustentando que o caminho que a mensagem eletrônica percorre é diferente da percorrida pelo correio tradicional.²⁸⁴

A Lei nº 6.538²⁸⁵, de 21 de junho de 1978, dispõe sobre os serviços postais, e em seu artigo 2º dispõe que “o serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações”. O dispositivo deixa claro que o serviço postal somente pode ser explorado pela União. O e-mail não utiliza o serviço postal, e sim a internet para emissão e recebimento, que faz parte da rede mundial de comunicação.²⁸⁶

Embora a legislação não trate o e-mail equiparando-o à correspondência, o reconhecimento dessa equiparação vem sendo aceito pela maioria dos estudiosos, que lhe estendem o direito fundamental de sigilo de comunicação. No entanto, conforme as demais liberdades, este direito não se aplica de forma absoluta, resguardados possíveis casos de restrição recomendados pelo princípio da proporcionalidade.²⁸⁷

Vânia Siciliano Aieta pondera que as condições do envio do e-mail, o modo de execução e a propriedade dos meios utilizados demonstram a existência de diferenças claras entre o correio postal e o correio eletrônico, não podendo ser igualados no trato, não sendo

²⁸³ ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 347.

²⁸⁴ SIMÓN, Sandra Lia, *op. cit.*, p.158-159.

²⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 6.538, de 21 de junho de 1978**. Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960-leis-ordinarias>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁸⁶ MANTOVANI JUNIOR, Laert, *op. cit.*, p. 87.

²⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martinez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 383.

possível a utilização da legislação pertinente ao correio postal em questões específicas do correio eletrônico.²⁸⁸

A utilização da internet, quando da sua implantação era feita através de linhas telefônicas, com sistema de discagem, e isso abrangia o envio e recebimento de e-mail. Embora a utilização fosse por linha telefônica, com esta não se confundia, pois a utilização era exclusiva. Nos dias de hoje a questão se encontra dissipada, pois várias são as formas de acesso à internet promovidas pelas novas tecnologias, como exemplos, a internet a cabo, a internet via fibra ótica, a internet por rádio e outros.

A questão se agiganta quando se verifica que a análise a ser feita é se a verificação dos e-mails pelo empregador afronta ou não os direitos da personalidade do trabalhador e, por conseguinte, sua intimidade. O monitoramento do e-mail corporativo do empregado, fornecido pela empresa como ferramenta de trabalho, é objeto de controvérsia na doutrina em acaloradas discussões, posto que o sigilo de correspondência é um desdobramento do direito à intimidade e à privacidade.

José Luiz Ferreira Prunes defende que os computadores colocados à disposição para o trabalho pelo empregador são de uso exclusivo em favor do trabalho, não podendo ser utilizados para atividades particulares.²⁸⁹ Para Rui de Assis, os computadores, celulares, internet e correspondência eletrônica caracterizam-se como:

meios – instrumentos de trabalho – que são propriedade do empregador, parecendo indiscutível que este possa estabelecer os parâmetros da respectiva utilização, determinando, designadamente, a sua exclusiva afectação ao trabalho a prestar ou, o que é o mesmo, a sua não utilização para fins pessoais. E, na decorrência dessa ponderação uma via possível seria permitir um libre controle do empregador neste domínio quando existisse uma determinação que expressamente vedasse a respectiva utilização para fins pessoais.²⁹⁰

Em entendimento contrário, Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho afirmam que para o controle dos e-mails dos empregados, mesmo que não envolvam os assuntos do trabalho, jamais poderão ser violados, mesmo que haja previsão contratual impedindo a utilização do correio eletrônico para assuntos particulares. Os autores concluem que essa atitude do empregador caracteriza-se como abusiva e contrária à boa-fé objetiva, que deve reger o pacto laboral. Ressaltam ainda que:

²⁸⁸ 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, p. 68, abr./jun. 2006.

²⁸⁹ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Justa causa e despedida indireta**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 187.

²⁹⁰ ASSIS, Rui, *op. cit.*, p. 237.

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 em seu poder diretivo, pretenda violar a intimidade do empregado por meio 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, que não violem o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato.²⁹¹

Com um posicionamento mais radical, Amaro Moraes Silva Neto entende que a admissão do controle de e-mails pelo empregador somente é possível por autorização judicial, caso contrário deve o empregador responder a processo penal por violação de correspondência.²⁹²

Há ainda o sistema de correio eletrônico interno disponibilizado pelo empregador para comunicação direta entre os empregados. Esse formato também denominado intranet, serve para acelerar a distribuição de tarefas, o envio de relatórios, repasse de ordens, etc. A finalidade a que se destina é o trabalho, mas o controle desse e-mail interno pelo empregador também prescinde de comunicação expressa, no entanto, recomendável o aviso para não caracterizar a violação à intimidade do trabalhador.²⁹³

Romita pondera que a posição doutrinária proibitiva do controle do e-mail pelo empregador em todas as situações pode ser temerária, e em alguns momentos até servir para acobertar crimes praticados pelo empregado. A aplicação do princípio da dignidade humana não pode ser utilizada para ocultar a prática de faltas disciplinares, e crimes puníveis pelas leis penais.²⁹⁴

O empregado, ao ser contratado, assume obrigações que são regidas pelos princípios da execução de boa-fé e da confiança recíproca, representada pelos deveres de lealdade, fidelidade e obediência. O respeito ao contrato instituído se faz para manter a boa ordem para o normal funcionamento da empresa. Conforme disposto no artigo 422 do Código Civil, o empregado é contratante, e como tal é obrigado a guardar os princípios de probidade e boa-fé.²⁹⁵

²⁹¹ OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **E-mail do empregado – limites ao poder diretivo do empregador sob a ótica do novo Código Civil**. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. **O impacto do novo Código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 346.

²⁹² SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na internet: um enfoque jurídico**. Bauru: Edipro 2001, p. 52.

²⁹³ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 253.

²⁹⁴ ROMITA, Arion Sayão, *op.cit.*, p. 347.

²⁹⁵ *idem*.

Segundo Romita, o empregador pode utilizar do seu poder de fiscalização para “vasculhar”, nos arquivos do computador, todas as mensagens ilícitas ou irregulares. Para este acompanhamento do empregador, existem programas que rastreiam chamadas e sites, e inclusive conteúdo das mensagens enviadas e recebidas, identificando situações irregulares. Este direito do empregador vem reforçado pelo fato dos computadores e instrumentos de trabalho serem de propriedade da empresa.²⁹⁶

A necessidade de inserção de uma cláusula contratual que permita a fiscalização pelo empregador é dispensada por Romita, que entende que o controle patronal deriva do poder de direção expressamente previsto em lei (CLT, artigo 2º, *caput*).²⁹⁷

Juliana Augusta Medeiros de Barros defende que uma das justificativas para o 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.²⁹⁸

A tecnologia atualmente se encontra em todos os lados, no entanto, o acesso a ela por algumas pessoas ainda é limitado e muitos empregados possuem essa dificuldade. Essa tecnologia não pode ficar somente a serviço do capital, mas também dos indivíduos. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani e Michele Alessandra Hastreiter entendem que “a liberalização do acesso pessoal às ferramentas da informática oferecidas pela empresa consiste, portanto, em uma importante forma de concretização do propósito social da atividade empresarial”.²⁹⁹

A legislação portuguesa, ao tratar da confidencialidade de mensagens e de acesso à informação dispõe que o empregador não poderá acessar as mensagens de correio eletrônico de natureza pessoal e de caráter não profissional do trabalhador, independente se são as recebidas ou enviadas. No entanto, o empregador poderá estabelecer regras para a utilização

²⁹⁶ ROMITA, Arion Sayão, *op.cit.*, p. 348.

²⁹⁷ *idem.*

²⁹⁸ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 232.

²⁹⁹ GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani; HASTREITER, Michele Alessandra. **A questão do monitoramento de e-mails corporativos à luz da hermenêutica constitucional.** *In*: 25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho. GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. (Coords.). BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César. (Org.). Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 219.

dos equipamentos de comunicação disponibilizados pela empresa, em especial o correio eletrônico.³⁰⁰

Os direitos fundamentais do empregado não podem ser ofendidos através da violação do seu direito à intimidade e à vida privada, mas por outro lado é direito do empregador exercer o seu poder de fiscalização dos meios tecnológicos colocados à disposição do trabalhador para o desempenho de sua função. O direito de controle sobre o uso de e-mails e da própria internet a fim de evitar o uso para fins particulares ou da utilização dos meios fornecidos para acesso ao e-mail particular, pode acarretar aumento de custos e diminuição da produção empresarial.

O e-mail corporativo é uma ferramenta de trabalho, bem como o computador ou outro dispositivo eletrônico que permita acesso à internet. Sendo propriedades do empregador, são passíveis de fiscalização. Esses tipos de instrumentos fornecidos para o trabalho podem ser utilizados pelo empregado de forma ilegal, o que ocasionaria grandes prejuízos à empresa que responde por seus prepostos. Essa fiscalização deve ser feita da forma menos gravosa possível e com o conhecimento do empregado. Ainda que a tutela do direito de propriedade e à livre iniciativa do empregador se sobreponha aos direitos à vida privada e à intimidade do empregado, deve ser respeitada a dignidade da pessoa humana. A melhor forma de resguardar esse direito é dando o conhecimento ao empregado quando de sua contratação, da forma de proceder da empresa quanto ao controle de e-mail e internet no ambiente de trabalho.

4.2.6 Telefones fixos e celulares

O telefone é um dos meios de comunicação mais utilizados e mais populares, e com a disseminação dos telefones celulares todas as famílias passaram a possuir um ou mais aparelhos, independente de serem fixos ou celulares. O telefone fixo é assim denominado por possuir um endereço de sua instalação e o seu funcionamento está atrelado a uma linha telefônica cabeada, enquanto os celulares funcionam com antenas de recepção, cujas ondas emitidas por uma torre permitem que se façam as ligações, podendo ser transportados e utilizados por todos os lugares que estejam abrangidos por um raio de emissão de ondas da referida torre. Em razão dessa diferenciação é que se utilizam as expressões telefones fixos e telefones móveis.

³⁰⁰ VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland, *op. cit.*, *loc. cit.*

Foi um marco na história da humanidade o surgimento do aparelho telefônico. A comunicação aproximou pessoas. Essa aproximação geográfica proporcionada foi além da comunicação entre parentes e amigos. Fez com que os contatos comerciais e industriais evoluíssem e alçassem a comunicação com outras cidades, estados e países, proporcionando um desenvolvimento mais rápido da economia.

O telefone se modificou muito desde a sua criação até os dias de hoje. Suas alterações tecnológicas o transformaram de simples aparelho de comunicação entre duas pessoas, para um aparelho que pode proporcionar conversação entre duas ou mais pessoas. Pode gravar mensagens, registrar o número do telefone que chamou ou chamado etc. Em sua essência, no entanto, continua com a mesma estrutura da sua criação.

Os primeiros telefones criados por Alexander Graham Bell no século XIX eram elétricos, mas não tinham o aparato necessário para o controle da eletricidade. Segundo Roger Bridgman, para que a ligação fosse efetivada era necessário discar no aparelho. Assim um disco enrolava uma mola que movimentava os contatos para sinalizar números para a central telefônica. Essa sinalização era recebida por um martelo movido por eletroímãs que batiam num par de campainhas. A tecnologia trouxe a modernidade aos telefones que passaram a ter componentes elétricos denominados transistores, passando então a serem aparelhos eletrônicos. Diferente do telefone original, os eletrônicos utilizam osciladores para sinalizar números e um oscilador e um transdutor fazem as vezes da antiga campainha. Nos novos telefones os últimos números discados podem ser armazenados na memória eletrônica. Seus componentes são embutidos em circuitos impressos, razão pela qual são telefones menores e mais leves. Os novos telefones permitem a rediscagem, a discagem rápida e uma maior qualidade na comunicação.³⁰¹

O telefone celular também revolucionou as telecomunicações, sendo considerado como uma das maiores inovações. A evolução tecnológica foi surpreendente, pois o telefone celular não é só um canal de comunicação entre as pessoas, mas também um instrumento de trocas de dados entre equipamentos como fax e computadores.

O celular permite enviar e receber mensagens de texto através do SMS (*Short Message Service*) e mensagens multimídias (MMS – *Multimedia Messaging Service*) com envio de áudios e imagens. Os celulares ainda oferecem serviços de identificação e de armazenamento de chamadas, agenda, calendário, calculadora, despertador. Modelos de

³⁰¹ BRIDGMAN, Roger. **Eletrônica**. Tradução de: Anna Maria Quirino. São Paulo: Globo, 1994. (Coleção Aventura da Ciência). p. 6.

celulares mais completos trazem ainda outras funções como rádio, câmeras digitais para fotos, vídeos e som. E os mais evoluídos possuem teclado virtual, câmera específica para videoconferências e têm disponibilizado o acesso à rede de televisão.

No ambiente de trabalho o telefone é um instrumento indispensável. Muitas empresas disponibilizam o equipamento para seus empregados para o exercício de suas funções, seja o telefone fixo, seja o telefone celular. O telefone celular, em especial, conforme a função exercida, pode ficar na posse do empregado durante todo o pacto laboral.

Com a utilização do telefone pelo empregado surge o questionamento se pode haver o controle das ligações recebidas e realizadas e se o acesso a essas informações poderá ser considerado violação às comunicações telefônicas e aos direitos fundamentais do empregado como o direito à intimidade e à privacidade.

O sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas está previsto na Constituição de 1988³⁰², em seu artigo 5º, inciso XII dispendo que estão garantidos “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”.

Juliana Augusta Medeiros de Barros levanta a existência de três correntes que tratam da controvérsia a respeito da possibilidade ou não de violação das comunicações e quando pode ser efetivada. A primeira corrente defende que somente as comunicações telefônicas poderiam sofrer a violação em casos específicos, em razão da interpretação gramatical constante do inciso “salvo, no último caso”, que estaria referindo-se às “comunicações telefônicas”. Na segunda corrente a interpretação da expressão “salvo, no último caso” refere-se a uma parte textual maior do inciso “e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas”, sendo que essas três formas poderiam ser violadas em casos de investigação criminal, desde que se respeitassem os limites da lei. E a terceira corrente entende que as interceptações telefônicas também podem ser feitas por qualquer autoridade judicial, cuja justificativa seja uma situação grave a ponto de necessitar a violação do sigilo das comunicações.³⁰³

Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin esclarece que o termo interceptação refere-se à coleta de dados de uma comunicação telefônica, com a ausência de conhecimento

³⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³⁰³ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meio eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2012, p. 209.

dos interlocutores. A interceptação somente será lícita quando realizada sob as seguintes condições: (i) ordem judicial; (ii) com o objetivo de investigação criminal ou instrução processual penal; e (iii) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.³⁰⁴

A interceptação é considerada um ato realizado por terceiro que passa a ter conhecimento do conteúdo da comunicação alheia, enquanto na escuta um dos interlocutores tem conhecimento da captação da conversa.³⁰⁵ Para Eberlin, a escuta refere-se à gravação telefônica com o conhecimento de um dos interlocutores, diferenciando a gravação clandestina da consentida. Caracteriza-se gravação clandestina quando um dos interlocutores não tem conhecimento do ato, e neste caso seria ilícita por força do artigo 5º, inciso X da Constituição de 1988. Este tipo de gravação somente poderá prevalecer como prova se houver interesse público. Na gravação consentida, todos os interlocutores tem conhecimento, normalmente utilizada por empresas no serviço de atendimento ao cliente (SAC), sendo considerada lícita e admitida como prova.³⁰⁶

A conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores com a ausência de conhecimento do outro, é uma gravação clandestina de conversa telefônica própria no entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

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 entanto, a divulgação, sem justa causa, da conversa confidencial poderá ser ilícita, subsumindo-se a conduta ao tipo do art. 153 do Código Penal.³⁰⁷

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996³⁰⁸, que regulamenta o inciso XII, do artigo 5º da Constituição de 1988, em seu artigo 10, constitui como crime a realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou de telemática, ou a quebra de segredo de Justiça, sem autorização judicial ou por objetivos não autorizados por lei.

Em relação à gravação telefônica no ambiente de trabalho, Eberlin entende que mesmo com o conhecimento do trabalhador, essa gravação não será de conhecimento do outro interlocutor que está mantendo o contato com o empregado. Esse tipo de gravação não pode

³⁰⁴ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen, *op. cit.*, p. 83-107.

³⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 95-96.

³⁰⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2007, p. 24, jan./mar. 1997.

³⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. *Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

ser utilizado para fiscalização e controle das atividades dos trabalhadores, posto que clandestina em relação ao terceiro, afrontando direito à intimidade e à privacidade deste.³⁰⁹

O uso do telefone no ambiente de trabalho pode ser controlado pelo empregador de outras formas que não a escuta, gravação ou interceptação clandestina, conforme entendimento de alguns doutrinadores e tribunais. Como forma de controle, o empregador pode utilizar o registro dos números telefônicos recebidos e discados do ramal do empregado e o tempo de duração através de programas feitos exclusivamente para esse cálculo, como os utilizados em hotéis. Esta forma de controle, além de estar de acordo com o direito do empregador de fiscalizar e controlar as atividades do empregado, não levaria a empresa à condenação por indenização por violação aos direitos da personalidade. Também seria possível a gravação consentida por ambos os interlocutores, como nos casos de empresas de telefonia ou de *telemarketing*.³¹⁰

Outra corrente entende que, se o telefone é instrumento de trabalho do empregado fornecido pelo empregador, como, por exemplo, nos serviços de atendimento ao consumidor (SAC), por tal razão as conversas podem ser gravadas, ainda que não haja o consentimento do terceiro interlocutor. A tese se fundamenta no fato de que o empregador é o proprietário do telefone fixo ou celular disponibilizado.³¹¹

Há situações em que o empregado paga pela utilização do telefone ao empregador, como quando o empregador permite o uso do telefone pelo empregado, independente se para o trabalho ou para fins particulares, mas em contraposto exige o pagamento da ligação e a listagem de ligações efetuadas durante determinado período, diferenciando os tipos de ligações. Nesta situação o acesso às conversas seria violação à intimidade e à privacidade do empregado.³¹²

A existência de meios preventivos disponibilizados aos empregadores para controlar o uso indiscriminado do telefone da empresa para fins particulares vem organizando o meio ambiente do trabalho, como, por exemplo, pelo bloqueio de chamadas interurbanas do ramal do empregado, salvo por intermédio da telefonista, a quem o empregado deve reportar e justificar a chamada telefônica. Também existem programas que registram o número utilizado nas ligações realizadas e recebidas, o tempo de uso e o ramal de origem. Para um maior controle é possível ainda ajustar os aparelhos para gravar as conversas realizadas durante o

³⁰⁹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen, *op. cit.*, *loc. cit.*

³¹⁰ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 215.

³¹¹ *idem.*

³¹² DUARTE, Juliana 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, p. 13, out. 2001.

expediente, atitude que vem apoiada no poder de direção e direito de propriedade do empregador.³¹³

As comunicações telefônicas realizadas pelo empregado em aparelhos fornecidos pelo empregador somente podem ter suas conversas gravadas em casos em que o interlocutor do outro lado do aparelho tenha conhecimento, em específico nos casos de empresas de telemarketing.

A interceptação de ligações do empregado sem o conhecimento deste é ilícita, podendo gerar reparação de danos por afronta a direitos fundamentais do empregado. As escutas telefônicas de conversas alheias prescindem de previa autorização judicial. O controle de ligações através do registro de números chamados e o tempo da conversa não tem proibição legal, principalmente quando se tratar de aparelhos telefônicos disponibilizados pelo empregador para o exercício da função.

4.2.7 WhatsApp

Outro elemento multiplicador do uso de equipamentos tecnológicos e que surge como novo dispositivo imprescindível para o trabalho é o *WhatsApp Messenger*. O lançamento do *WhatsApp Messenger* ocorreu no ano de 2009, e tinha como objetivo a transmissão de mensagens instantaneamente. Pode ser definido como “um aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz”. A versatilidade do *WhatsApp Messenger* o remeteu ao verdadeiro sucesso, pois deixou para trás o SMS e as mensagens escritas permitidas pelos celulares. Por este novo aplicativo é possível enviar, além das mensagens de texto, imagens, vídeos e documentos em PDF completamente grátis, pois a transmissão dos dados se dá via internet. Para completar o *WhatsApp Messenger* permite a realização de ligações sem nenhum custo através da conexão com a rede, e para alguns aparelhos mais evoluídos, é possível fazer uma videochamada, em que os interlocutores se visualizam durante a conversação.³¹⁴

O sucesso do aplicativo *WhatsApp Messenger* foi tão surpreendente que em setembro de 2015 possuía 900 milhões de usuários ativos em todo o mundo. Os servidores do aplicativo utilizam um sistema operacional livre do tipo Unix, descendente do BSD desenvolvido pela

³¹³ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, *op. cit.*, p. 217.

³¹⁴ WIKIPÉDIA. **WhatsApp Messenger**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/WhatsApp#Especifica.C3.A7.C3.B5es_t.C3.A9cnicas>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Universidade da Califórnia em Berkeley. Esse sistema é denominado FreeBSD, cuja linguagem de programação utilizada é a Erlang. É uma linguagem de programação de uso geral e foi desenvolvida pela Ericsson com a finalidade de suportar aplicações distribuídas e tolerar falhas a serem executadas no ambiente de tempo real.³¹⁵

Os usuários de celulares com o sistema operacional Android (Google) ou a plataforma IOS (Apple) tem compatibilidade para o *WhatsApp Messenger*. Ampliando sua utilização, o *WhatsApp Messenger*, em janeiro de 2015, foi disponibilizado para os computadores pelo Google Chrome, Mozilla Firefox e Opera, totalmente isento de qualquer cobrança. Com estas facilidades não foi difícil alcançar a marca de 1 bilhão de usuários em 2 de fevereiro de 2016.³¹⁶

As conversas pelo sistema convencional de telefonia tiveram uma queda violenta com o advento do *WhatsApp* e as diversas possibilidades permitidas pelo aplicativo, como o envio e recebimento instantâneo de fotos e documentos o registro de conversas com diversos usuários ao mesmo tempo, mensagens de voz etc. Não há dúvidas de que o formato deste aplicativo veio para ficar.

O aplicativo *WhatsApp Messenger* rapidamente se adaptou ao ambiente de trabalho, facilitando contatos e negócios, sendo utilizado por vezes através do celular, prática mais comum, e por outras através do computador. Ambos os equipamentos são fornecidos pelo empregador ao empregado para o desempenho de suas funções, como já ocorria anteriormente ao aplicativo.

A facilidade do uso do *WhatsApp Messenger* tem levado seus usuários a um constante contato com o telefone. Grupos são formados com presteza, como, por exemplo, grupo da família, grupo do escritório, grupo da faculdade, grupo do churrasco, grupo do condomínio, etc. A comunicação entre esses grupos são em tempo real entre todos os membros, evitando o envio de mensagem a cada um deles individualmente. Inclusive, a última atualização do aplicativo trouxe a novidade de conseguir responder a determinado questionamento dentro de uma mesma conversa com várias mensagens, de forma que as ideias não se perdem.

O *WhatsApp Messenger* foi desenvolvido inicialmente para uso com o celular, como uma forma mais ágil de comunicação. Como anteriormente demonstrado, o telefone celular

³¹⁵ *idem.*

³¹⁶ *idem.*

deixou de ser artigo de luxo, antes acessível apenas a classes diferenciadas, e está presente em todos os grupos familiares.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizou em 2015 uma Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, com convênio com o Ministério das Comunicações, para levantamento dos principais indicadores referentes à utilização da internet, à posse de telefone móvel celular para uso pessoal e ao acesso ao sinal digital de televisão aberta.³¹⁷

Os últimos dados levantados pela pesquisa do IBGE são surpreendentes. O acesso à internet por meio de celular é de 92,1% da população. O acesso à internet via banda larga ultrapassou 99% dos domicílios, sendo que a conexão por banda larga móvel é de 83,4%.³¹⁸

A pesquisa também levantou o percentual de pessoas com 10 anos ou mais de idade que tinham telefone móvel celular para uso pessoal. O percentual foi de 78,3% da população do País, ou seja, 139,1 milhões de pessoas. Comparando com a mesma pesquisa realizada em 2005, o aumento desse contingente foi de 147,2%, ou seja, 82,8 milhões de pessoas. O Distrito Federal é a Unidade da Federação onde mais pessoas dessa faixa etária possuem celulares (90,7%), sendo seguido por Goiás (87,0%) e Mato Grosso do Sul (86,7%). Os estados em que este percentual foi menor são o Maranhão (54,7%) e Pará (64,5%).³¹⁹

A relevância de trazer ao trabalho estes dados se reflete na confirmação de que o acesso ao aplicativo *WhatsApp Messenger* pelo uso da internet é de fato relevante.

O empregador já havia recepcionado o celular como instrumento de trabalho, e com a vinda do *WhatsApp Messenger* o sistema de comunicação ficou ainda mais eficiente. A nova forma de comunicação também aumenta o contato com as pessoas no âmbito comercial. Pelo *WhatsApp Messenger* são marcadas reuniões, realizadas compras e vendas, agendadas consultas, enviados recibos de pagamento, feitos pedidos e encomendas, passados orçamentos, feitas publicidades de produtos e serviços, e tantas outras possibilidades.

Com novas tecnologias, novos problemas vão surgindo nas relações de trabalho. O primeiro deles se apresenta no controle do empregado pelo empregador, quanto à questão de horário e ao atingimento de metas, pois o empregador passou a controlá-lo pelo aplicativo.

³¹⁷ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: 2015**. IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv99054.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2017.

³¹⁸ *idem.*

³¹⁹ *idem*

Outro problema é o acesso do empregador ao empregado fora do horário de expediente, interferindo no seu período de descanso, e, por óbvio, gerando horas extras. Fator relevante é a criação de grupos da empresa em que neles é feita a cobrança de metas, que muitas vezes se apresenta de forma a ferir a dignidade do trabalhador, como, por exemplo, quando ao lado do nome dele é colocada uma mãozinha com sinal negativo, e todos os colegas a isso têm acesso e o veem.

Também as atitudes do empregado nem sempre são saudáveis, principalmente quando passa a utilizar o aplicativo para criar grupos para denegrir a imagem da empresa, ou começa a enviar fotos e vídeos de comédia ou pornografia aos colegas de trabalho durante o expediente, ou, ainda, em situações em que fica acessando seus contatos constantemente de forma a prejudicar o seu trabalho.

Quando a atividade do empregado não necessita de uso de celular, e-mail ou *WhatsApp Messenger* para o seu desenvolvimento, o problema de acesso imoderado pelo empregado pode ser resolvido com a proibição ou restrição parcial do uso durante o expediente. Nessas funções se enquadram os trabalhadores em obras, serventes, domésticas, etc.

O problema toma proporções quando há a disponibilidade, pelo empregador, para o exercício da função, de computadores e celulares para o acesso à internet, e-mail e *WhatsApp Messenger*. O controle da internet e e-mail já foram abordados, restando a análise do *WhatsApp Messenger*. Na linha de interpretação dedicada ao e-mail, se o empregador disponibilizar o equipamento para o trabalho terá direito ao controle de seu uso, para que seja exclusivo em função do trabalho. O controle não se estende às mensagens trocadas com particulares, devendo o empregador ser expresso quando da contratação, avisando o empregado que os dispositivos disponibilizados não poderão ser utilizados para fins particulares, sob pena de caracterizar penalidades previstas em lei.

A utilização do aplicativo *WhatsApp Messenger* em dispositivo eletrônico particular, pelo empregado, durante o contrato de trabalho, normalmente não é permitido pelas empresas, mas se houver permissão e delimitação de tempo de acesso, o empregado precisa utilizar com parcimônia para não prejudicar o desenvolver de suas atividades. Quando houver excesso por parte do empregado, pode o empregador utilizar do seu poder diretivo para tomar as medidas cabíveis, desde que não violem direitos fundamentais do trabalhador, como o direito à intimidade e o direito à vida privada.

Em casos de confronto de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade permite a adaptação da norma ao caso concreto e às diferentes realidades. Segundo Emília Simeão, o princípio da proporcionalidade:

Possui uma dimensão ética e racional e se concretiza em três subprincípios: 1º) adequação da medida ao objetivo proposto – juízo de idoneidade; 2º) necessidade da medida para alcançar o objetivo buscado, sem possibilidade de outra mais moderada com igual eficácia – juízo de necessidade e, 3º) ponderação da medida por resultar maiores benefícios ou vantagens para o interesse geral, que prejuízos para os bens ou valores em conflito – juízo de proporcionalidade em sentido estrito. É princípio fundado no valor “justiça”, na dignidade da pessoa humana, que limita a arbitrariedade e impede o sacrifício injustificado dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, afastando limitações desproporcionais e desnecessárias.³²⁰

A realidade que tem que ser considerada é que a aplicação dos direitos fundamentais sempre envolverão interesses econômicos e políticos, motivos pelos quais as controvérsias sempre estão avivadas. Ao final, cabe ao operador do Direito enfrentar as dificuldades e encontrar a “solução correta do ponto de vista jurídico-dogmático em casos complicados e política ou economicamente controvertidos”.³²¹

O aplicativo *WhatsApp Messenger* já faz parte do cotidiano de todos, e no meio laboral não difere. Em razão da ausência de dispositivo legal que o regulamente, cabe ao empregador, por representação sindical, ou pelo regulamento da empresa, impor os limites para que a sua utilização não afete a produção, independente se o aparelho de acesso é particular ou corporativo, evitando a ofensa ao direito à intimidade e à privacidade do empregado. Em ocorrendo a afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, como já exposto nos demais dispositivos tecnológicos de controle do empregado, o empregador poderá ser condenado ao pagamento de danos.

³²⁰ SAKO, Emília Simeão Albino. Uso laboral e extralaboral do correio eletrônico e internet. Controle patronal indevido ou abusivo. Lesão aos direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 2, n. 19 junho 2013, p. 79-80.

³²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico alcançado pela humanidade mudou o comportamento das novas gerações e vem gerando facilidades. O setor tecnológico que mais evoluiu foi o da comunicação, aproximando as pessoas de forma rápida e eficiente. A propulsão de novas tecnologias permitiu também o desenvolvimento socioeconômico das sociedades, forçando o Estado a efetivar políticas públicas de incentivo a essas mudanças.

As novas tecnologias, que antes eram privilégios de poucos, com a sua atual propagação permitem o acesso das pessoas com menor poder aquisitivo, como, por exemplo, pelo uso do telefone celular. A importância desse acesso está na inserção num mundo antes distante, aproximando-as da informação, comunicação, educação, cultura, lazer, etc.

A evolução tecnológica também alcançou o mundo empresarial, em que os meios de comunicação se transformam na chave para o crescimento. O avanço tecnológico permite ao empresário ser mais competitivo e disponibilizar o seu produto com um custo menor e com mais agilidade. Por outro lado as novas tecnologias passam a fazer parte da relação de trabalho entre empregados e empregadores, permitindo um maior desenvolvimento e controle do ambiente de trabalho.

O cerne da presente pesquisa reside justamente na análise da utilização das novas tecnologias, no ambiente de trabalho, como instrumentos de controle do empregado, sem que haja violação aos seus direitos fundamentais, principalmente à dignidade da pessoa humana.

A abordagem inicial se deu com os esclarecimentos a respeito do poder empregatício que é concedido ao empregador em virtude da assunção dos riscos da atividade, e que lhe concede o direito de organizar e controlar a prestação laboral. A tutela aos bens do empregador encontra respaldo no artigo 5º, inciso XXII da Constituição de 1988, sendo o direito fundamental de propriedade. O poder empregatício subdivide-se em poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar e poder diretivo.

O dever de subordinação do empregado está implícito no pacto laboral, sendo um dos elementos do contrato. Na visão moderna, essa subordinação caminha paralela ao poder empregatício. Não deve existir uma subordinação de mando e sim de respeito entre as partes que exercem suas respectivas funções. Há uma linha tênue que separa o poder empregatício do dever de subordinação, sem a qual haverá uma violação dos direitos fundamentais do empregado.

Para uma análise mais profunda das consequências e limites do poder empregatício, em capítulo específico foi desenvolvido estudo sobre os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são a materialização dos direitos humanos, cuja positivação protege as pessoas de abusos de poder. A eficácia dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho é horizontal, reconhecendo-se que os direitos fundamentais do empregado e do empregador se colocam em mesmo nível.

Na presente pesquisa ficou demonstrado que os direitos da personalidade também se aplicam ao trabalhador na relação de trabalho, garantindo o direito à intimidade e à vida privada, aspecto importante da análise realizada. A diferenciação entre direito à intimidade e à vida privada foi relevante na investigação, pois no artigo 21 do Código Civil são tratados como conceitos individualizados. O estudo conclui que na intimidade residem os fatos da vida da pessoa de conhecimento próprio e que somente são contados a pessoas também íntimas. Dentro da intimidade existe o núcleo do segredo que não é divulgado a ninguém. A vida privada tem uma abrangência maior que a intimidade, envolvendo os familiares e amigos íntimos. Os atos do empregador que possam violar a intimidade ou a vida privada do empregado são passíveis de reparação de danos, com consequências pecuniárias.

Tratando-se de direitos fundamentais e direitos da personalidade, a análise do princípio da dignidade humana foi imprescindível à conclusão deste capítulo. O princípio da dignidade humana foi um dos fundamentos na construção dos direitos fundamentais e tem como norte a preservação da integridade física e psicomoral da pessoa. O empregador deve respeitar a dignidade do trabalhador durante o desenvolvimento da atividade laboral.

Os direitos fundamentais do empregado podem ser afrontados pelo uso das novas tecnologias no ambiente de trabalho para o controle da atividade laboral. Os meios eletrônicos, considerados no trabalho como novas tecnologias, e que representam o objeto de estudo nesta pesquisa foram: detectores de metais, câmeras de vídeo, polígrafos, telefones fixos e celulares, e os instrumentos que permitem o acesso à internet, ao e-mail e ao *WhatsApp*.

Os detectores de metais são instrumentos hábeis para detectar metais ferrosos e não ferrosos, e são utilizados na revista de pessoas. Para alguns tipos de empregadores, a revista íntima é utilizada como forma de preservar o patrimônio da empresa contra apropriações indevidas. Qualquer vistoria no corpo do empregado é considerada revista íntima. As revistas íntimas que expõem o corpo do empregado são consideradas ilícitas e indenizáveis. A revista íntima sobre os bens do empregado consiste na vistoria dos pertences do empregado e pode ser considerada violação à intimidade. As revistas não íntimas são as realizadas por aparelhos,

como os detectores de metais, consideradas lícitas desde que realizadas em função de situações específicas. Neste último caso se tem o avanço tecnológico em benefício da relação trabalhista, evitando violação à intimidade e à vida privada do empregado.

O controle da atividade laboral pelo uso de câmeras de vigilância e de segurança tem sido reconhecido como lícito, desde que não haja excessos e conseqüente abuso do poder diretivo do empregador. Para preservar o direito à privacidade e à intimidade do empregado, as câmeras não poderão ser instaladas em banheiros, vestiários e em refeitórios. As demais também devem ser instaladas para monitorar locais relevantes e não empregados específicos, não podendo servir de instrumento de intimidação.

A utilização dos polígrafos ainda é objeto de embate jurídico, mesmo porque não se tem uma prova concreta de que funcionam. A jurisprudência não firmou um entendimento majoritário para esclarecer o embate. Para o exercício de determinadas funções, como por exemplo, a de aeromoça, o uso do polígrafo tem sido aceito, mas sob a condição de que conste do estatuto da empresa. Neste caso, o que se visualiza é a proteção do bem maior que é a vida dos passageiros das aeronaves. A utilização do polígrafo, indistintamente, principalmente na vigência do contrato de trabalho, ocasionará lesão ao princípio da dignidade do homem e conseqüente reparação de danos.

O telefone fixo e o telefone celular, como meios de comunicação, fazem parte das atividades laborais, sejam elas quais forem. O controle do empregador sobre esses equipamentos somente é possível se disponibilizado para o trabalho. As escutas e interceptações telefônicas são ilícitas, somente podendo ocorrer por ordem judicial com justo motivo. A escuta e a interceptação telefônica feita sem autorização de seus interlocutores são verdadeiras afrontas à intimidade do empregado, gerando reparação de danos em favor dos interceptados. A gravação de ligações telefônicas no trabalho é permitida quando os interlocutores têm pleno conhecimento delas, inclusive, os terceiros, como no caso do serviço de *telemarketing*.

O controle dos usos de e-mails e de internet no ambiente de trabalho poderá ser feito se o empregador fornecer os equipamentos para o exercício da função e disponibilizar um e-mail corporativo, caso em que não haverá violação à intimidade do empregado. Para o controle da navegação pela *web* existem inúmeros programas que possibilitam a limitação de navegação por determinadas páginas da *web*. Sua instalação não ofende a dignidade do empregado e controla o tempo de prestação de serviço disponibilizado pelo empregado em função da empresa. O empregador pode proibir o acesso aos e-mails particulares através dos equipamentos da empresa, mas não pode investigar a correspondência eletrônica particular do

trabalhador, com o risco de estar praticando um ato de invasão de privacidade, gerando consequências jurídicas e econômicas.

O aplicativo mais recente utilizado no ambiente de trabalho é o *WhatsApp Messenger*, cuja multifuncionalidade facilita a comunicação e o desenvolvimento da atividade laboral. A falta de regulamentação para a disponibilidade nas atividades laborais dificulta seu uso, podendo causar ofensa a direitos fundamentais tanto do empregado quanto do empregador. De forma a organizar este ícone da comunicação atual, o regramento deverá ser feito por representação sindical ou por regulamento da empresa.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho tem como objetivo a preservação do trabalhador na sua condição de pessoa humana, propiciando um patamar consistente de afirmação individual, familiar e socioeconômica.

Embora os direitos fundamentais do Direito do Trabalho tenham eficácia horizontal, verifica-se que o poder diretivo do empregador enfrenta restrição em confronto com o princípio da dignidade humana. A solução se encontra no juízo de ponderação e na aplicação do princípio da razoabilidade, ficando ao encargo do intérprete a valoração dos direitos em conflito, buscando promover a justiça ao caso apresentado.

Os direitos da personalidade do trabalhador têm influência direta no contrato de trabalho, e operam para preservar-lhe a integridade física e moral, a liberdade e a igualdade, e garantir-lhe uma vida digna. O caráter privado da relação contratual existente entre empregado e empregador está sob o manto protetivo da Constituição de 1988, preservando os direitos fundamentais. O poder diretivo do empregador dá a este o direito de exercer o comando da atividade laborativa, mas também exige o respeito ao trabalhador como ser humano.

A ofensa à dignidade do trabalhador lhe garante a possibilidade de pleitear no judiciário uma justa reparação por danos morais. A reparação financeira não tem o condão de reparar de forma absoluta a dignidade ofendida, mas é uma forma de minorar o sofrimento.

Fica demonstrado, neste estudo, que a aplicação dos direitos fundamentais geram controvérsias no direito porque envolvem interesses econômicos e financeiros. A resolução do embate fica ao cargo do operador jurídico, que deverá refletir para chegar a um ponto de equilíbrio justo entre as partes, com o mínimo de reflexos socioeconômicos negativos.

A adaptação às novas tecnologias é um caminho sem volta. A globalização não permite um retrocesso. A procura pelo equilíbrio, na utilização das novas tecnologias, resguardados os direitos da personalidade do empregado e reconhecidos os poderes de mando

e gestão do empregado, é tarefa árdua, mas necessária, devendo ser trilhada de forma a garantir um meio ambiente de trabalho saudável.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 106.
- ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Direito à intimidade x revista pessoal do empregado. *In* **Revista do TRT da 12ª Região**, nº. 21, 1º sem. 2005.
- ABREU. Evandro Limongi Marques de Abreu. “A Tutela de direitos fundamentais conforme sua expressão no art. 203, do Código Penal Brasileiro”. *In*: **Direito dos trabalhadores & Direitos fundamentais**. HASSON, Roland (Coord.). Curitiba: Juruá, 2003.
- 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, p. 68, abr./jul. 2006.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. O poder empregatício no contrato de trabalho. **Revista Trabalhista e Previdenciária**. Editora IOB: São Paulo, v. 21, nº. 250, abril, 2010.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os direitos da personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV**. *In*: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org.) Direitos humanos e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2013.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- ASSIS, Rui. **O poder de direção do empregador. Configuração geral e problemas actuais**. Portugal: Coimbra Editora, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direito administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de derecho administrativo**, Santa Fé, vol. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/Redoeda/article/view/4625>>. Acessado em: 10/06/2015.
- BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.
- BARRETO, Wanderlei de Paula (*et al.*). **Comentários ao código civil brasileiro. Parte Geral**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. “A revista como função de controle do poder diretivo”. *In Revista Gênisis de Direito do Trabalho*, p. 819-831, n. 66. Curitiba: Gênisis, jun. 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. 2. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: LTr, 1994.

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

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meio eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

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://ciência.hsw.uol.com.br/detectores-de-mentira.htm>>. Acesso em 10 jan. 2017.

BORBA, Joselita Nepomuceno. “A revalorização do contrato de trabalho à luz dos direitos fundamentais.” *In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. FREDIANI, Yone; ALVARENGA, Rúbia Zantotelli de Alvarenga. (Org.). São Paulo: LTr, 2015. p. 51-61.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.538, de 21 de junho de 1978.** Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960-leis-ordinarias>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.232, de 22 de outubro de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.292, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.** Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1998-leis-ordinarias>>. Acesso em: 12 dez 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 10 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.271, de 15 de abril de 2016.** Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13271.htm>. Acessado em: 05 jun. de 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 699, de 15 de março de 2011.** Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4268F9F5C72A2D213F7AD17169DA0DDA.proposicoesWebExterno2?codteor=848554&filename=PL+699/2011>. Acesso em: 15 dez. 2016.

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

BRIDGMAN, Roger. **Eletrônica.** Tradução de: Anna Maria Quirino. São Paulo: Globo, 1994. (Coleção Aventura da Ciência).

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CALVO, Adriana. **Breves considerações sobre a decisão do TST relativa ao uso do correio eletrônico**. Disponível em: <<http://www.calvo.pro.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CALVO, Adriana. “O assédio moral institucional e a dignidade da pessoa humana (estudo do assédio moral institucional sob a ótica dos direitos fundamentais)”. *In: Direitos humanos e meio ambiente do trabalho*. GUNTHER, Luiz Eduardo; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Coordenadores. BUSNARDO, Juliana Cristina; BACELLAR, Cristina Busnardo. Org. São Paulo: LTr, 2016. p. 7-18.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. ver. e aum. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

CHAVES, Alaor. **Física**. V. 2 – Eletromagnetismo. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2001.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

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

D’ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A subordinação no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O procedimento patronal de revista íntima. Possibilidade e restrições**. *In* FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. Coord. Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho e o novo expansionismo juslaboralista: o conceito de subordinação estrutural**. In: FREDIANI, Yone; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org.). *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípio de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

Dicionário de Língua Portuguesa. v. II. São Paulo: Editora Barsa Planeta Internacional Ltda., 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. I: Teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore. **Capitalismo, crise econômica e a preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas transformações ocorridas no mercado de trabalho, em especial, a propalada reforma trabalhista**. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Ano 7, n. 25. p. 191-216, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/25_Doutrina_Nacional_08.pdf> Acesso em: 31 jan. 2017.

DOTTI, René Ariel. **Proteção a vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980.

DUARTE, Juliana 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, p. 13, out. 2001.

EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Poder de direção versus direito à privacidade do empregado. In **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 17, n. 205, p. 93, jul. 2006, p. 83-107.

ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentença 186, de 10 de julho de 2000. Boletín Oficial del Estado, n. 192, publicado em 11/08/2000. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-15253.pdf>> Acessado em : 05 jan. 2017.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **O dano moral o assédio moral e o assédio sexual relações do trabalho doutrina jurisprudência e legislação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Estruturalismo e Pós-estruturalismo** 1983. Ditos e Escritos II. Trad. Elisa Monteiro, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos privados de personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 55, nº 370, ago. 1966.

GAMONAL C. Sérgio. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2012.

GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009..

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani; HASTREITER, Michele Alessandra. **A questão do monitoramento de e-mails corporativos à luz da hermenêutica constitucional**. In: 25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho. GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. (Coords.). BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César. (Org.). Curitiba: Editora Juruá, 2013. p. 207 – 228.

GOMES, Daniela Alves. Direito à intimidade do empregado. In **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 41, nº 148, p. 664, 2005.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Poder diretivo do empregador e a preservação da saúde do empregado: um perfil analítico da realidade contemporânea à luz dos direitos humanos e fundamentais**. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antonio, coordenadores. **Responsabilidade civil nas relações de trabalho: reflexões atuais: homenagem ao professor José Affonso Dallegrave Neto**. São Paulo: LTr, 2015. p. 75-87.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 1, parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 2, teoria geral das obrigações, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2007, p. 11-27, jan./mar. 1997.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **Direitos da personalidade nas relações de trabalho contemporâneas**. Curitiba: Instituto da Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, ano 33, n. 60, p. 41-46, jan./jun. 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul/dez 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatino americana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol.1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/Redoeda/article/view/4609>>. Acessado em: 10 jun 2015. Em livre tradução: “se trata de uma inovação da Constituição Brasileira de 1988, não incluída em textos constitucionais anteriores e que da oportunidade a variadas interpretações da doutrina a respeito deste comando normativo”.

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

HISTÓRIA da internet. **Abronet**. Disponível em: <http://www.abranet.org.br/historiadainternet/menu.htm>. Acesso em: 01 agosto 2016.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: 2015**. IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv99054.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2017.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAQUEY, Tracy; RYER, Jeanne C. **O manual da internet**. Trad. Insight Serviços de Informática. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

LEDUR, José Felipe. Fundamentos dos direitos da personalidade do trabalhador: algumas reflexões. *In: Direitos humanos dos trabalhadores*. ALVARENGA, Rúbia Zanotelli.. Org. São Paulo: LTr, 2016.

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

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

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

MARCANTONI, Christopher. **Teoria do poder: a sustentabilidade e os limites internos e externos do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2012.

MARCANTONI, Christopher. **Teoria do poder: a sustentabilidade e os limites internos e externos do poder diretivo do empregador**. Dissertação (Mestrado) Disponível em:

<file:///C:/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20MESTRADO/artigos%20usp/11%20Christopher%20TEORIA%20DO%20PODER%20A%20SUSTENTABILIDA%20E%20OS%20LIMITES%20INTERNOS%20E%20EXTERNOS%20DO%20PODER%20DIRETIVO%20DO%20EMPREGADOR.pdf>. Acesso em: 05/07/2016.

MELIS VALENCIA, Christian. **Derechos de ciudadanía y empresa: apuntes para una configuración dogmático-jurídica**. Santiago: Dirección del Trabajo/Gobierno de Chile. Disponível em: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf. Acessado em: 02 jan. 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martinez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESQUITA, Luiz José. **Direito disciplinar do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

MIKOS, Nadia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César. “Poderes do empregador: do uso ao abuso e suas consequências socioeconômicas”. *In*: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org.). **Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015.

MORAES FILHO, Evaristo de. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1976.

MOZETIC, Vinicius Almada; FRANCESCHINA, Aline Oliveira Mendes de Medeiros. A dimensão fundamental ecológica da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 161-179, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/direitoeconomico?dd1=14821&dd99=view&dd98=pb>>. Acessado em: 10 jun 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29 ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo**. São Paulo: LTr, 2009. p. 72.

NUNES, Rosana Marques. **A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 155**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236240/lang--pt/index.htm. Acesso em 12 dez 2016.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 155**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em 12 dez 2016.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **E-mail do empregado – limites ao poder diretivo do empregador sob a ótica do novo Código Civil.** In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. O impacto do novo Código civil no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**, Em 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 12 dez 2016.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 12 dez de 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano moral e sua reparação no direito do trabalho.** Curitiba: Juruá, 2006.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Bonijuris.** Ano XVI, nº 485, abril de 2004.

PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego.** São Paulo: LTr, 1991.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet.** Curitiba: Juruá, 2004.

PERES, Marcelo Pereira. **Guia do CFTV – treinamento básico.** Revisão 2.1. Jan 2007. Disponível em: <<http://www.guiadocftv.com.br/downloads/CFTV-Basico-2007.pdf>>. Acesso em: 12 dez 2016.

PINTO, Marcio Morena. Los derechos sociolaborales como derechos humanos: afirmación reconocimiento y óbices a su exigibilidad em el ordenamento jurídico brasileño. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, nº 3, set./dez., 2016. p. 11-38. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46016>>. Acessado em: 10/01/2017.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo.** Rio de Janeiro: Editora Graal, 1990.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Justa causa e despedida indireta.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Josiane Hybner Rodrigues; RAMOS, José Eduardo Silvério. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. In **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.** São Paulo, v. 24, n. 297, mar. 2014. p. 24-32.

REIS, Jair Teixeira. **Subordinação jurídica e o trabalho à distância.** São Paulo: LTr, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ROMITA, Arion Sayão. **O poder disciplinar do empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

SAKO, Emília Simeão Albino. **Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line ou direitos de 4ª geração**. São Paulo: LTr, 2014.

SAKO, Emília Simeão Albino. Uso laboral e extralaboral do correio eletrônico e internet. Controle patronal indevido ou abusivo. Lesão aos direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade. *In* **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 2, n. 19 junho 2013.

SANTOS, Cifuentes. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinar compartilhado. *In* **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 19, n. 223, p. 52-76, jan. 2008.

SANTOS, José Aparecido dos; VILLATORE, Marco Antônio César. “Trabalho e corpo: sujeição do trabalhador e privacidade”. *In*: **XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

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

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SHIRKY, Clay. **Internet: guia de acesso por correio eletrônico**. Trad. Cláudio Costa. Rio de Janeiro: Infobook, 1994.

SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na internet: um enfoque jurídico**. Bauru: Edipro 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Otacílio da. **O poder político na visão de Tocqueville: um diferencial entre antigos e modernos.** Disponível em: <<https://www.espacoacademico.com.br/075/75silva.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

SILVEIRA, Raquel Dias. Discriminações legais em concursos públicos e princípio da igualdade: um estudo sob os paradigmas das ações afirmativas e das políticas públicas de inclusão de minorias nas últimas décadas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, out/dez.2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38655>>. Acesso em: 10 jun 2015.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições do direito do trabalho.** v. I, 21. ed. atual. São Paulo: LTr, 2003.

TELLES JR., Goffredo. **Direito subjetivo – I.** In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 28.

TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão da privacidade através da internet: a dignidade humana como um direito fundamental.** Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.

TURNER, Lawrence Walter. **Manual Básico de eletrônica.** Trad. Ivan José de Albuquerque e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, [s.d].

VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. O poder diretivo empresarial e a tutela inibitória dos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 21, n. 243, set. 2009.

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

VALVERDE, Antonio Martín; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García. **Derecho del trabajo.** 24 ed. Madri: Editorial Tecnos, 2015. p. 256.¹

VASCONCELOS, Livia Garcia. Poder diretivo do empregador: da legalidade e limitações das revistas pessoais nos empregados. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 27, n. 320, fev. 2016. p. 125.

VILLATORE, Marco Antônio César; BOTELHO, Martinho Martins. **O direito de personalidade no ambiente do trabalho: o reconhecimento de novos direitos e deveres aos sujeitos empregado e empregador.** In: FERMENTÃO, Aparecida Gomes Rodrigues; FACHIN, Zulmar. (Org.). O reconhecimento dos novos direitos da personalidade. Maringá: Vivens, 2015.

VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland. “Análise comparativa da limitação do poder de controle do empregador frente aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado sem prejuízo à atividade econômica.” In: MENEZES, Wagner. (Coord.). **Estudos**

de direito internacional: anais do 5º congresso brasileiro de direito internacional. v. XI. Curitiba: Juruá, 2007.

VILLATORE, Marco Antônio; ROCHA, Alexandre Euclides. **A atividade econômica do empregador em consonância com os direitos fundamentais do empregado.** *In:* VILLATORE, Marco Antônio. HASSON, Roland. (Coords). Estado & Atividade Econômica. Curitiba: Juruá, 2007.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** Trad. Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WHITE, Ron. **Como funciona o computador III.** Trad. Túlio Camargo da Silva. São Paulo: Quark do Brasil, 1997.

WIKIPÉDIA. **WhatsApp** **Messenger.** Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/WhatsApp#Especifica.C3.A7.C3.B5es_t.C3.A9cnicas>.

Acesso em: 10 jan. 2017.