

PRIVACIDADE DA PESSOA HUMANA NO AMBIENTE DE TRABALHO: LIMITES E RESTRICÇÕES

HUMAN PERSON'S PRIVACY IN THE WORKPLACE: LIMITS AND RESTRICTIONS

Guilherme Augusto Pinto da Silva

RESUMO

O direito à privacidade é um dos direitos fundamentais que tem por escopo preservar aspectos essenciais à dignidade da pessoa humana. Com o advento das novas tecnologias, em especial no ambiente de trabalho, não raras vezes o direito à privacidade é posto em xeque, experimentando severa vulnerabilidade em razão do conflito com o poder de direção do empregador. A presente pesquisa problematiza essa questão a partir da seguinte indagação: quais são os limites e restrições que podem ser impostos ao direito à privacidade do empregado quando em conflito com o poder de direção do empregador? Dessa perspectiva, analisa-se a disciplina dos direitos da personalidade e sua relação com os direitos fundamentais, quando em conflito com os direitos do empregador. Como corolário, estudam-se situações hipotéticas de restrição do direito à privacidade à luz da dogmática constitucional e estruturas de ponderação balizadas pelo princípio da proporcionalidade, para, ao final, proclamar-se a eficácia do direito fundamental à privacidade do empregado.

Palavras-chave: Privacidade. Pessoa humana. Dignidade. Ambiente de trabalho. Limites. Restrições. Direito à privacidade. Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Poder de direção.

ABSTRACT

The right to privacy is a fundamental right which seeks to preserve the essential aspects of human dignity . With the advent of new technologies , especially in the workplace , often the right to privacy is called into sheik, experimenting severe vulnerability due to the conflict with the employer power . This paper stayed problematized from the following inquiries of: what are the limits and restrictions that may be imposed upon the employee's right to privacy when in conflict with the power of direction of the employer ? From this perspective , is analyzed the discipline of personality rights and their relation to fundamental rights , when in conflict with the rights of the employer . Consequently , is studied hypothetical situations by restriction of the right to privacy in the light of the dogmatic constitution and weighting structures buoyed by the principle of proportionality , for, in the end, proclaiming the effectiveness of the employee privacy as the fundamental right.

Keywords: Privacy. Human person. Dignity. Workplace. Thresholds. Restrictions. Right to privacy. Fundamental rights. Personality rights. Employer's power.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio compromete-se a abordar questões atinentes à privacidade no ambiente de trabalho, tais como limites e possíveis restrições. A expressão *pessoa humana*, emprestada pela Constituição Federal e erigida ao título deste estudo, não é despropositada. Prenuncia uma isonomia ontológica em relação à pessoa do trabalhador, que não perde a condição de titular de direitos fundamentais na relação de trabalho, por isso *pessoa humana* – fundamento da República e responsável pelo comprometimento de uma nova leitura da ordem econômica. Admitir tratamento diverso resultaria em uma ilegítima compreensão do significado constitucional da pessoa humana e dos direitos que dela emanam.

É o que ocorre com os chamados direitos da personalidade – enquanto projeção dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado – quando tomam acepções distorcidas, oriundas de experiências estrangeiras incompatíveis com a realidade jurídica brasileira. Essa temática tem demonstrado maior sensibilidade no âmbito das relações

de trabalho, mormente quando a tecnologia é colocada à disposição do empregado como instrumento facilitador da prestação laboral, bem como ferramenta de exercício do poder de controle do empregador.

O poder de direção do empregador *lato sensu* encontra fundamento constitucional controvertido. Desbravar seus limites, portanto, não é incumbência simplória. Da mesma forma, os direitos da personalidade são de incipiente desenvolvimento dogmático, de modo que o conflito de interesses entre os direitos da personalidade do empregado e do poder diretivo do empregador tem encontrado as mais diversas soluções tanto pela doutrina, como pela jurisprudência.

A presente pesquisa problematiza-se a partir da seguinte indagação: quais são os limites e restrições que podem ser impostos ao direito à privacidade do empregado, quando em conflito com o poder diretivo do empregador? Pretende-se, com a finalidade de atender ao questionamento, buscar a análise superficial dos direitos e interesses envolvidos no que diz respeito à possibilidade de restrição do exercício do direito fundamental à privacidade no âmbito das relações de trabalho, apontando uma baliza de critérios capaz de nortear a melhor interpretação em situações concretas, algumas abordadas de forma genérica, com o desiderato de exemplificar o caminho a ser percorrido. Vale dizer que a presente pesquisa relaciona-se, principalmente, com o esforço para tornar juridicamente eficaz e efetivo o direito fundamental à privacidade no âmbito das relações de trabalho.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não se mostraria adequado à contextura desta pesquisa abordar a temática de dignidade da pessoa humana de forma retórica, em meio a um conglomerado de argumentos postos a justificar a violação de algum direito fundamental. Por esse motivo, dignidade da pessoa humana serve de fundamento e chave de leitura aos demais tópicos doravante abordados, dada sua importância, e como forma de enunciação da problemática a ser estabelecida.

A ideia de que todos os homens são igualmente dignos de tutela, fundamental para a compreensão dos direitos da personalidade e, portanto, da questão da privacidade, tem suas origens no Cristianis-

mo e nos direitos humanos.¹ No Cristianismo, pelo ideário teológico sobre a criação do homem como imagem e semelhança de Deus. O ser humano – e não somente os cristãos – seriam, então, dotados de valor próprio e intrínseco, não podendo servir de objeto ou instrumento,² o que contemplou os antecedentes de uma noção de dignidade da pessoa humana no pensamento ocidental. Os direitos naturais, inalienáveis e sagrados contemplados por esse ideário restaram expressamente assegurados com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.³

A afirmação da dignidade da pessoa humana é produto de uma série de contribuições filosóficas e humanistas,⁴ que, ao longo dos séculos, foi tomando forma,⁵ sendo concebida 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, em um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶

Desimportante, assim, o contexto de participação do indivíduo na sociedade – se trabalhador, empresário ou consumidor, por exemplo. O simples fato da existência como pessoa assegura a garantia de direitos em frente ao Estado e aos particulares.

Essa foi a pretensão do constituinte ao positivar o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. A menção ao princípio da dignidade humana, como valor juridicamente relevante, foi objeto não só do art. 1º, III, da Constituição, como também de outros, a exemplo do art. 170, estabelecendo que a finalidade da ordem econômica é garantir uma existência digna.

Dignidade da pessoa humana, portanto, não se confunde com direitos fundamentais. O catálogo de direitos fundamentais, na verdade, constitui garantia de aspectos ligados à dignidade.⁷ Assim, os direitos da personalidade – como projeção dos direitos fundamentais na esfe-

ra privada – encontram-se atrelados à dignidade da pessoa humana, principalmente no que se refere ao direito à privacidade e intimidade.⁸

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana assume a condição de princípio constitucional de maior hierarquia em nosso sistema jurídico, constituindo-se valor-guia de toda a ordem constitucional e não apenas dos direitos fundamentais, assumindo uma função positiva, de garantia que o indivíduo não será alvo de ofensas e humilhações e assegurando-lhe o pleno desenvolvimento. É a partir da noção de dignidade da pessoa humana que devem ser interpretadas inúmeras outras normas jurídicas, sobretudo as que dizem com os direitos fundamentais; caso contrário, não terão estas razão de existir dentro daquela ótica atualmente aceita de que o Estado existe para servir o cidadão e não o contrário, por ter assumido a tarefa de realização do Estado do bem-estar social.

É incontestável que, nas relações de trabalho à luz da Constituição Federal, é impositiva uma interpretação lado a lado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso consiste em defender o trabalhador nas relações de trabalho – por ser parte mais vulnerável da relação⁹ – garantindo a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à intimidade e à vida privada em frente ao empregador.

Nesse sentido já se pronunciou Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, ainda quando ministro do TST, em trecho de voto digno de transcrição por contemplar o respeito à dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, assim dizendo: “[...] conscientizem-se os empregadores de que a busca do lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e partícipe da obra que encerra o empreendimento econômico”.¹⁰

Feitas as devidas considerações em torno do princípio da dignidade da pessoa humana de modo a enunciar a problemática que se desenvolverá em torno do conflito do poder de direção e direitos da personalidade, cumpre desenvolver estes últimos.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Herege aquele que trata da temática da privacidade sem, antes, examinar os direitos da personalidade, suas características e classificações. No âmbito do ambiente de trabalho, a legislação trabalhista não trouxe

nenhum dispositivo¹¹ de modo a tutelar ostensivamente¹² os direitos da personalidade. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem buscado suprir as lacunas legislativas por meio de Repertórios de Recomendações Práticas. Isso porque a construção teórica acerca dos direitos da personalidade é relativamente recente. Remonta a elaborações doutrinárias germânicas e francesas da segunda metade do século XIX. Nem mesmo o Direito romano, que sempre foi avesso a teorias,¹³ tratou dos direitos da personalidade nos moldes em que hoje são compreendidos.¹⁴

O pronto reconhecimento da existência dos direitos da personalidade encontrou dificuldades. A principal objeção à própria existência desses direitos fundamentou-se na concepção patrimonialista¹⁵ do direito civil – hoje superada.¹⁶ Questionava-se, outrossim, a natureza, o conteúdo e a disciplina jurídica dos direitos da personalidade.¹⁷ Sob a veste desses direitos, encontramos, portanto, aqueles atrelados à tutela da pessoa humana, que conferem respeito à dignidade.

A partir dos anos 50, é que a doutrina admitiu a existência dos direitos da personalidade, embora arraigados à índole patrimonialista do direito civil, mormente o direito à propriedade.¹⁸ Posteriormente, ressentiu-se em buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito, tendo em conta a dogmática dos direitos patrimoniais.

Segundo Francesco Ferrara, “[...] nos direitos absolutos o objeto não é a res, mas os outros homens obrigados a respeitar o seu exercício”,¹⁹ pois os direitos da personalidade têm “[...] por conteúdo a pretensão de exigir respeito de tais bens pessoais. A vida, o corpo, a honra, são o ponto de referência da obrigação negativa que incumbe à coletividade”.^{20,21} Veja-se que, além de surgirem como mecanismo de defesa em frente ao arbítrio do Estado, os direitos da personalidade também vinculavam os demais indivíduos da coletividade. Vencidos os imbróglis históricos acerca da conceituação dos direitos tidos como da personalidade, restou pacífico que a pessoa deve ser vista em toda a sua dimensão ontológica e não como sujeito abstrato de uma relação jurídica, ou mesmo de titular de direitos.

No âmbito do ordenamento pátrio, em que pese a disciplina de outros ordenamentos acerca dos direitos da personalidade, o legislador do Código Civil de 1916 não se ateu ao trato da matéria. Foi a Constituição de 1988 que demonstrou real comprometimento no trato

dos direitos da personalidade, consagrando a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela e disciplinando os direitos da personalidade por meio do art. 5º, X.²² A Carta Magna então vigente considera a personalidade como valor máximo do ordenamento jurídico, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.²³

Nesse contexto, ganhou força o fenômeno da constitucionalização do direito privado e da proteção dos direitos fundamentais. O direito privado reformulou seu núcleo essencialmente patrimonialista,²⁴ assumindo clara preocupação com a pessoa humana e suas emanções,²⁵ mormente depois de instituído o Código Civil de 2002 – que teve um capítulo²⁶ dedicado aos direitos da personalidade.

A tutela do Código Civil de 2002 somente veio tornar mais ostensiva e enfática a proteção dos direitos fundamentais, pois, como adverte Eugênio Facchini Neto:

Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte).²⁷

Pelo contexto histórico, é possível afirmar que os direitos da personalidade surgiram como mecanismo de defesa do cidadão em frente ao arbítrio do Estado. Posteriormente, as Constituições acabaram por estampar uma maior proteção ao homem e o direito privado, à luz desses influxos, incorporou esse anseio trazendo o homem e a dignidade da pessoa humana ao centro da preocupação privatista.

Quanto às características, os direitos da personalidade apresentam-se como inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários, oponíveis *erga omnes*,²⁸ irrenunciáveis. Avulta maior significância à problemática da privacidade no ambiente de trabalho o fato de serem absolutos e irrenunciáveis.

Apesar de absolutos, os direitos da personalidade não são ilimitados, existindo a possibilidade de demarcações impostas pelo próprio

direito objetivo e em razão da necessidade de conjugação com outras situações protegidas. Essas limitações podem ser extrínsecas ou intrínsecas. Os limites intrínsecos são ditados pela própria lei, que estabelece o conteúdo com a demarcação do domínio de aplicação do respectivo direito. Serão extrínsecos quando resultarem da conjugação com outras situações protegidas – como o poder diretivo do empregador –, haja vista que os interesses protegidos pelo direito da personalidade podem conflitar com outros direitos e poderes protegidos pelo ordenamento.

A limitação ao exercício dos direitos da personalidade – voluntária ou não – de forma alguma implica a perda desses direitos pelo seu titular, de modo que a qualquer momento é possível revogar a autorização concedida e, sendo o caso, pleitear a indenização correspondente, conforme prevê a Constituição Federal. A temática da limitação dos direitos da personalidade no âmbito das relações de trabalho é o cerne das nossas inquietações e demandará análise mais detida nos tópicos subsequentes.

O DIREITO À VIDA PRIVADA

A gênese da ideia de privacidade como isolamento e reserva, proclamada por Warren e Brandeis,²⁹ parece não mais abarcar as relações complexas que se dão na atual sociedade da informação. Considerando a dinâmica das relações sociais, a elaboração de um conceito de privacidade ou respeito à vida privada parece estar ainda em desenvolvimento. Os países da Europa Ocidental, por meio do Conselho da Europa e de outros mecanismos internacionais, na tentativa de formular normas de proteção à esfera íntima da pessoa, chegaram à conclusão de que:

[...] o direito à vida privada consiste essencialmente em poder se levar sua vida como se entende com o mínimo de ingerências. Ele diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação sem autorização de fotografias privadas, à proteção contra espionagem e às indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer do direito à proteção de sua vida privada as pessoas que, por suas próprias atitudes, encoraja-

ram indiscrições das quais elas venham a se queixar posteriormente. O respeito à vida privada de uma pessoa ligada à vida pública levanta um problema particular. A fórmula 'a vida privada pára onde começa a vida pública' não basta para resolver este problema. As pessoas que representam um papel na vida pública têm direito à proteção da vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública. O fato de que o indivíduo ocupe um lugar de destaque na atualidade, não o priva do direito ao respeito de sua vida privada.³⁰

Vários foram os autores que esboçaram um conceito de vida privada. De modo geral, existe um consenso de que o direito à privacidade consiste na pretensão de estar separado de grupos, mantendo o indivíduo livre de ingerências externas e da observação de outras pessoas, pois "[...] no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo³¹."

O direito à privacidade abarca, também, a inviolabilidade do domicílio e a vida doméstica, o sigilo da correspondência e das comunicações convencionais ou eletrônicas e os dados pessoais, porquanto representam, na maioria das vezes, uma extensão da vida privada (ou mesmo íntima) da pessoa. Procura-se, pois, delimitar a ingerência de outros indivíduos ou do Estado, eis que a ordem jurídica reconhece e resguarda a todos uma área personalíssima e intocável da pessoa, em nítida consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Toda e qualquer investida sobre tal área de proteção, portanto, é ilegítima – investigação do lixo do vizinho, escuta clandestina de conversas ou mesmo monitoração de *e-mails*.³²

Apesar da breve síntese, é possível contemplar um ideário que almejamos – ao menos como ponto de partida –, para satisfazer as indagações desta pesquisa. Constata-se que privacidade abarca todos os eflúvios do indivíduo que não devem ser levados ao conhecimento de outrem – refletindo sua própria vontade. Esse resguardo somente cederá ao interesse público latente, quando a questão de índole privada – e mesmo íntima – se revestir de interesse público.³³

A adaptação do ideário atual de privacidade sugere a coexistência das novas tecnologias incorporando respeito aos direitos fundamentais. Não houve em nenhum momento uma efetiva ruptura com a privacidade de outras épocas, pois há uma continuidade e tendência

da tutela da privacidade em integrar todas suas manifestações, em constante adaptação. Isso se deve ao fato de que o centro de gravidade do ordenamento se volta à tutela dos interesses importantes à pessoa humana.³⁴ Estamos vivenciando um momento de superação da ordem de conceitos pelos quais o direito à privacidade era limitado por uma tutela de índole patrimonialista,³⁵ e também de elaboração de traçar novos rumos para a efetiva proteção dos interesses da pessoa.

A efetiva superação da limitação essencialmente patrimonialista da esfera privada consagra a compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito privado, da proteção efetiva e imediata dos direitos fundamentais. O ordenamento não mais se encontra voltado aos anseios burgueses, dando ênfase à tutela da propriedade e aos contratos, como forma de transmissão da riqueza. Constatou-se – e o constituinte estampou essa conclusão no art. 1º, III, da Constituição Federal – que o homem existe como fim em si mesmo, sendo fundamento do estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana.³⁶

Não significa dizer que o direito abandonou a tutela da propriedade, ou que esta perdeu eficácia, mas sim que o *ter* cederá ao *ser* quando em conflito, pois, como fundamento basilar do Estado, a importância da pessoa humana terá, via de regra, maior “peso” quando em conflito com outro direito e, do contrário, estar-se-ia atentando contra este princípio (dignidade da pessoa humana). Dessa perspectiva, é possível afirmar, ainda, que o direito à privacidade deve receber uma leitura distinta, tratado à luz dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, como embaixadores à compreensão da problemática deste estudo.

O DIREITO À INTIMIDADE

A Constituição Federal, apesar de conferir o mesmo grau de importância jurídica ao direito à intimidade e à vida privada, já sugere uma diferenciação importante, aferível pela simples leitura do art. 5º, X. A própria terminologia da palavra confere este significado: íntimo é proveniente do latim *intimus*, que é superlativo de interior. O direito à intimidade, portanto, está relacionado com episódios mais restritos da vida do indivíduo, envolvendo relações familiares, amizades próximas e mesmo a esfera do segredo.

Para Carlos Alberto Bittar,³⁷ o direito à intimidade distingue-se dos demais por possuir núcleo próprio. Situa-se entre os direitos de cunho psíquico, divisando-se da proteção à privacidade na exata medida de elisão de qualquer atentado a aspectos particulares ou íntimos, que envolvam um circuito próprio, compreendendo o lar, a família e a correspondência.

Portanto, apenas à guisa de esclarecimento, registra-se a diferenciação existente entre o direito à intimidade e à vida privada.

DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UNINDO VÉRTICES

Os direitos da personalidade nada mais são do que uma projeção dos direitos fundamentais no âmbito das relações privatistas, o que não significa dizer que todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Vale lembrar que os direitos fundamentais de primeira dimensão³⁸ surgiram como mecanismo de proteção do indivíduo em frente ao Estado. Posteriormente, introduziu-se ao debate acadêmico a questão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre privados.³⁹ Os vértices se unem na medida em que o Código Civil, ao tratar dos direitos da personalidade, reforça a tutela dos direitos fundamentais, estampados na Constituição Federal,⁴⁰ demonstrando uma incorporação de valores constitucionais no âmbito da tutela privatista.

Nesse sentido, leciona o professor Paulo Ferreira da Cunha:

Pode haver a tentação de assim equacionar a questão: das duas, uma – ou os direitos fundamentais são direitos simplesmente do âmbito publicístico, e não tutelam matéria privada, prescindindo mesmo da sua característica e *têtes de chapitre* nesse âmbito, cabendo aos direitos da personalidade essa função, ou então os direitos fundamentais tutelam público e privado, sendo o que há de fundamental em todo o ordenamento, e por isso ganhando dimensão pública, ainda que com incidência privatística. A dicotomia tem algum exagero também.⁴¹

A dicotomia referida pelo autor, entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, não só é exagerada como condenável. O modelo da incomunicabilidade, no qual a Constituição Federal e o

Código Civil pouco se relacionavam, restou superado pelo modelo da comunicabilidade,⁴² conforme o magistério de Judith Martins-Costa:

Hoje em dia o panorama é inteiramente diverso. A antiga equação se modificou pela alteração não apenas da sociedade, mas, por igual, do significado dos dois pólos, dos dois termos do dueto – Constituição e Código Civil. O modelo de relacionamento entre Constituição e Código Civil inflete, diretamente, na problemática da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas, até porque, a partir da segunda metade do sec. XX, várias Constituições passam a catalogar, expressamente, a tábua de Direitos, dando ensejo à elaboração, por parte da doutrina constitucionalista, de uma espécie de *jus commune* dos Direitos Fundamentais.⁴³

A comunicabilidade entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, portanto, resulta na adoção de uma interpretação constitucional quando do conflito entre direitos da personalidade do empregado e poder de direção do empregador. A problemática dos limites e restrições – e mesmo a problemática dos limites dos limites, bem como as teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares – se tornam fundamentais para a superação do casuísmo e uma interpretação constitucional adequada, guiada pela dogmática das estruturas de ponderação, que terão tópico específico.

PODER DE DIREÇÃO E A BUSCA PELO TRABALHADOR PERFEITO

A primeira questão a ser posta em evidência refere-se ao fundamento do poder de direção do empregador, estampado no art. 2º, cabeça, da CLT.⁴⁴ Existe certa controvérsia sobre o fundamento constitucional do poder de direção, ora se entendendo guiado pelo direito de propriedade,⁴⁵ ora pela ordem econômica.⁴⁶ No Brasil, predomina, como fundamento do poder de direção, o direito de propriedade, embora em outros ordenamentos se encontrem os mais diversos fundamentos para o poder de direção.⁴⁷

O termo “dirige a prestação pessoal do serviço” desdobrou-se, por construção doutrinária, em poder de organização, poder disciplinar e poder de controle.⁴⁸ Não iremos nos ater ao preciosismo de detalhar

o significado de cada um, pois somente o poder de controle nos é caro neste estudo. O poder de controle, igualmente, importa em três novos desdobramentos: controle pessoal, controle técnico e controle total.

O poder de controle sempre existiu. As mais primitivas oficinas artesanais contavam com o *controle pessoal*, modalidade em que um indivíduo tinha a função de vigiar os demais, distribuindo recompensas e punições pelos comportamentos que aprovava ou queria reprimir.

Com a revolução industrial e o surgimento das grandes fábricas, percebeu-se que o modelo de *controle pessoal* não era mais suficiente para atender à demanda de uma disciplina fiscalizatória das atividades dos trabalhadores. Surgiu então o modelo de *controle técnico*, baseado nas inovações tayloristas e fordistas, cujo objetivo era alcançar níveis astronômicos de produtividade e rendimento.⁴⁹

Já no período pós-industrial,⁵⁰ o que para muitos pode ser considerado um novo modelo produtivo, exige-se dos trabalhadores não só o aumento da produtividade, mas também uma propensão à aceitação da política de regras da empresa. Em outras palavras, as opiniões e aspirações do empregado devem se igualar, ou mesmo se confundir com aquelas expressas pelo empregador. Esta seria, portanto, a modalidade de *controle total*, na qual se pretende ter sob o comando “o trabalhador perfeito”,⁵¹ este que:

[...] não perde tempo navegando na internet ou mandando mensagens pessoais de e-mail, tampouco utiliza o telefone da empresa para falar com pessoas estranhas ao serviço; não mantém relacionamentos amorosos com colegas, o que também poderia desviar sua atenção desnecessariamente; não bebe nem usa drogas, comportamentos que poderiam debilitar sua saúde e provocar futuras quedas de produtividade; pelo mesmo motivo não deve ter uma probabilidade alta e comprovada de vir a desenvolver determinadas patologias, nem obviamente ser portador de moléstias como a AIDS, ainda que sem manifestações exteriores da doença; é heterossexual, o que, numa visão tradicional (e discriminatória) traduz uma personalidade mais ‘estável’ e ‘conformista’; não abraça causas políticas, religiosas ou filosóficas desviantes da maioria, o que pode denotar um caráter rebelde ou arredoio; aceita ser revistado ou filmado durante a jornada de trabalho, pois entende que os interesses da empresa justificam esse tipo de conduta.⁵²

A modalidade de *controle total*⁵³ remete ao modelo do Panóptico, idealizado por Jeremy Bentham e introduzido ao debate acadêmico por Michel Foucault, ao estudar a “Sociedade Disciplinar”. O Panóptico consiste em um edifício em forma de anel, com uma torre no centro. O anel divide-se em pequenas celas que dão acesso e visão tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas, deve existir um trabalhador.⁵⁴ No centro da torre do modelo idealizado por Bentham, estaria um vigilante, que observaria a todos sem que fosse visto ou percebido. Destarte,

[...] quem está submetido a um campo de visibilidade, e sabe disso, retoma por conta as limitações do poder; fá-las funcionar espontaneamente sobre si mesmos; inscreve em si a relação de poder na qual ele desempenha simultaneamente dois papéis: torna-se o princípio da sua própria sujeição.⁵⁵

O vigiado no Panóptico agia em conformidade com as expectativas do vigilante muito mais pela aspecto psicológico que a sujeição incessante acarretava do que pela sua própria espontaneidade. O poder de direção hoje exercido sob a modalidade do *controle total*, associado às novas tecnologias no ambiente de trabalho, é o que resulta no chamado “Panoptismo Laboral”.

No “Panoptismo Laboral”, o empregador, utilizando instrumentos informáticos e tecnológicos – que inegavelmente aumentam a produtividade do trabalho⁵⁶ – toma conhecimento de todos os passos de seus empregados monitorando e/ou violando *e-mails* e instalando câmeras de vigilância, muitas vezes sem o conhecimento dos empregados. A requisição de exames médicos e a realização de revistas íntimas, igualmente, têm sido denunciadas pela jurisprudência como formas de violação da privacidade decorrente de um *controle total* sem escrúpulos.

O fato é que o trabalhador, como titular de direitos fundamentais, não perde essa condição enquanto sob o vínculo da subordinação, tampouco o contrato de trabalho pode servir de instrumento legitimador de restrições arbitrárias ou renúncia de direitos fundamentais. Assim:

El punto de partida es que el contrato del trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse em ámbito de uma organi-

zación privada, aunque esa inserción modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración constitucional.⁵⁷

O conflito resta, então, estabelecido. O poder de direção do empregador alcança a limitação do direito à privacidade do empregado? É possível que com o consentimento do empregado se legitime intervenção no âmbito de sua intimidade? E mais: a garantia constitucional da inviolabilidade de correspondência deve ceder em face do poder de direção do empregador?

Como se vê, a acomodação dos interesses envolvidos não é tarefa simplória, haja vista a existência de titularidade de direitos fundamentais de ambas as partes,⁵⁸ bem como uma ausência de regulação jurídica específica sobre a questão. Cabe, assim, não só o exame dos limites do direito fundamental à privacidade e possíveis restrições, como também os limites do poder de direção do empregador, já que sem regulação legislativa específica.

LIMITES DO PODER DE DIREÇÃO

Tarefa árdua consiste em apontar as fronteiras do poder diretivo – que sequer encontra definição na Lei – pois o ordenamento não delimita, expressamente, até que ponto são permitidas atividades de fiscalização,⁵⁹ punição ou controle.

A CLT nada diz acerca do poder diretivo do empregador, somente definindo timidamente seu titular como aquele que “dirige a prestação pessoal de serviço”, sem dizer em que consiste tal direção ou até que ponto é legítima sua atuação. A Constituição de 1988, da mesma forma, não tratou do poder diretivo. Avançou, porém, no trato dos direitos e garantias fundamentais, com ostensiva proteção à personalidade da pessoa humana – inclusive na relação de trabalho, conforme já destacado. Desprovidos de uma visão sistemática do ordenamento, portanto, não teríamos conclusão alguma acerca dos limites do poder diretivo do empregador.

É certo que o legislador deixou uma lacuna⁶⁰ a ser preenchida em abertura feita pelo art. 8^o⁶¹ da CLT – desafiando o conhecimento

das mais diversas áreas do Direito, não só as que tratam das relações de trabalho. A referência ao “direito comum” como fonte subsidiária deixa clara a importância da tutela dos direitos da personalidade no âmbito da doutrina civil-constitucional, já referida. Igualmente, a importância do “direito comparado”, em sua essência comparatista, ou seja, sem estrangeirismos transplantados ao ordenamento jurídico brasileiro,⁶² revela aquilatada importância no trato do tema.

Considerando que o poder diretivo está relacionado com a norma infraconstitucional – art. 2º da CLT –, seus limites encontram-se situados na conformidade constitucional do exercício desse poder. Qualquer ato de organização, controle ou disciplina deve passar pelo crivo da Constituição e, havendo conflito de interesses, pela ponderação.

VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO

Partindo-se do pressuposto de que inexistem direitos absolutos – no sentido de ilimitáveis ou irrestringíveis em face da conjugação com outros direitos e interesses legítimos tutelados pelo direito⁶³ –, importa analisar em que situações o direito à privacidade do empregado irá conflitar com o direito à propriedade como fundamento do poder de direção do empregador. Assim, resta estabelecido o conflito de direitos fundamentais, a partir do qual é necessária a demarcação de limites e restrições dos direitos fundamentais envolvidos à luz do caso concreto.

Diante da impossibilidade de exaurir todas as situações em que é possível se cogitar violação do direito à privacidade no ambiente de trabalho, optou-se por desenvolver duas questões mais recorrentes no âmbito da jurisprudência trabalhista, o que não significa que outras situações não tenham relevância e não possam ser solucionadas à luz da mesma sistemática que será proposta ao final. Para tanto, elegeu-se o caso da (in)violabilidade do correio eletrônico e das revistas íntimas.

O caso da (in)violabilidade do correio eletrônico

De todas as formas de exercício do poder diretivo, a mais intrigante é a que diz respeito ao controle dos *e-mails* dos empregados. Isso se deve pela forte e expressa tutela constitucional, dizendo ser inviolável a

privacidade (art. 5, X) bem como as comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5, XII), ressalvadas as hipóteses de autorização judicial para a última modalidade. Vale dizer que o *e-mail*, para todos os fins, equivale a uma correspondência eletrônica. Em outras palavras, possui a mesma natureza jurídica de uma carta comum,⁶⁴ sendo plenamente aplicável a inviolabilidade de correspondência também à forma eletrônica.

Mas a questão ainda possui outros desdobramentos. O primeiro deles diz respeito à peculiaridade que norteia o caminho percorrido pela correspondência eletrônica até que chegue ao seu destino. O *e-mail*, então, seria uma correspondência fechada (como cartas comuns) gozando de inviolabilidade plena, ou aberta (como um cartão postal) a que todos teriam acesso? O segundo desdobramento diz respeito ao endereço eletrônico utilizado: se pessoal (do empregado) ou corporativo (disponibilizado pelo empregador). Ambos estariam ao abrigo da proteção constitucional da inviolabilidade? E mais – o fato de o empregador comunicar que irá realizar o monitoramento do correio eletrônico por si só legitima a violação da correspondência e mitigação do direito à privacidade?

Como se vê, são inúmeras as questões que se avizinham do problema do monitoramento dos *e-mails*. Tentaremos responder dentro dos limites que nos são impostos.

A possibilidade de violação do correio eletrônico pelo empregador possui como principais argumentos: o direito de propriedade, poder diretivo – por meio do poder de controle –, e a responsabilidade civil do empregador por eventual uso inadequado do *e-mail*. Em contrapartida, os defensores da impossibilidade de violação do correio eletrônico encontram fundamentos na cláusula geral dos direitos da personalidade – a dignidade da pessoa humana –, nos direitos fundamentais (intimidade, privacidade e inviolabilidade das comunicações), no princípio da boa-fé na relação de trabalho e na ilicitude da prova obtida pelo empregador com a violação do correio eletrônico.⁶⁵

Paulo Luiz Netto Lôbo, ao analisar decisão judicial sobre o trato da polêmica que envolve o tema, é bastante enfático, razão pela qual é digno de transcrição seu entendimento, a fim de não dispensar-lhe a eloquência:

Os e-mails são correspondência da pessoa, cuja inviolabilidade é garantida na Constituição (art. 5, XII). Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho (TST-RR-613/2000-013-10.00.7) decidiu que *'se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet sobre o próprio provedor'* além de que *'está em cheque o direito à imagem do empregador, também merecedor de tutela constitucional'*, para afinal entender como lícita a prova assim obtida para despedida por justa causa. Vê-se que o equívoco que incorreram Warren e Brandeis fez escola, pois o tribunal buscou fundamento no direito de propriedade, desconsiderando a natureza extrapatrimonial dos direitos da personalidade e sua inviolabilidade. Confunde o direito de propriedade do suporte material e instrumental e o conteúdo das mensagens nele veiculadas. O impressionante equívoco desta decisão pode dar ensejo a que os empregadores pressionem seus empregados a que autorizem a violação de suas correspondências eletrônicas. Pode o empregador impedir que os computadores ou provedor corporativos sejam utilizados pelo empregado para fins pessoais, mas não pode violar o conteúdo das correspondências pessoais, para produzir provas contra o segundo. O poder de controle do empregador não alcança as correspondências eletrônicas dos empregados, pouco importando que utilize o provedor corporativo, pois são invioláveis, salvo decisão judicial para fins exclusivamente de investigação criminal.⁶⁶

O correio eletrônico, independentemente se de uso pessoal ou corporativo, goza da inviolabilidade prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, como corolário do direito à privacidade (art. 5, X). Isso porque a correspondência eletrônica se equipara a uma correspondência fechada.⁶⁷ Eis que, via de regra, é feito o uso de senha pessoal e intransferível para que se tenha acesso a seu conteúdo – o que por si só releva a nítida consonância com o direito à privacidade ou mesmo o direito à autodeterminação informativa. Como é correspondência fechada, portanto, é inviolável.

A anuência ou autorização do empregado para que se proceda à violação do *e-mail*, ou seja, para que o empregador tome conhecimento do conteúdo material das mensagens, não é válida. Os direitos da personalidade, como cedidos, são irrenunciáveis. Mesmo que fosse possível aventar alguma exceção no que diz respeito ao exercício do direito à autolimitação voluntária do direito à privacidade, este não

poderia se dar no âmbito das relações de trabalho diante da desigualdade fática entre os sujeitos.

Em que pesem todos os esforços argumentativos no sentido de justificar a violação do correio eletrônico,⁶⁸ não é outra a conclusão de que principal e certa justificativa se dá em torno do exercício do poder de controle (total) da produtividade, já que a sociedade empresária visa ao lucro. A evolução do poder de direção, como visto, superou o controle pessoal e técnico para experimentar a vivência do controle total associado às novas tecnologias.

Isso não significa que o correio eletrônico do empregado não deva experimentar nenhuma espécie de controle, mas a restrição do direito à privacidade deverá atender à dogmática constitucional doravante exposta, sob pena de resultar no ostracismo e na falta de eficácia dos direitos fundamentais.⁶⁹

Revista íntima

O art. 373-A da CLT é um dos poucos a oferecer uma acanhada proteção à personalidade do empregado, em especial ao direito à intimidade. Dispõe que é vedado ao empregador ou a seus prepostos realizar revista íntima em suas funcionárias. Como a Constituição de 1988 não apresentou distinção entre homens e mulheres, a interpretação tem sido no sentido de aplicar a vedação de revista íntima também aos funcionários.⁷⁰

A questão apresenta limites delicados. Em síntese, a jurisprudência há muitos anos inclina-se pela possibilidade da revista pessoal, com fundamento no direito do empregador de salvaguarda de seu patrimônio. A insurgência do empregado, por sua vez, permite a suposição de que a revista viria a comprovar suspeita que se instaurou contra sua pessoa, justificando o reconhecimento da justa causa. Por outro lado, a recusa de se submeter à revista será legítima quando envolver circunstâncias que atentem contra a dignidade humana.⁷¹ Novamente se colocam em conflito o direito à intimidade e à vida privada e o direito à propriedade, como fundamento do poder de direção.

Em sede de casos concretos, a Segunda Turma do TST⁷² não aceitou recurso em que uma ex-auxiliar de tesouraria pleiteava reparação por

violação do direito à intimidade, pela utilização da revista íntima pelo empregador. Conforme restou demonstrado, a revista se dava por intermédio de uma guarita blindada, em espaço reservado e privativo, sem qualquer espécie de contato físico ou exposição vexatória da recorrente.

Já a 8ª Turma do TST⁷³ condenou uma distribuidora farmacêutica à reparação pecuniária por exigir que os funcionários se despiassem ou retirassem peças de roupas, ficando apenas com peças íntimas, para inibir furto de materiais e coibir o comércio ilícito. Como se vê, não existem critérios objetivos traçados pela jurisprudência no julgamento desses casos. Não há qualquer raciocínio dogmático que pondere hipóteses de restrição do direito fundamental à intimidade e à vida privada, ou submeta a situação ao teste do princípio da proporcionalidade.

A doutrina, porém, indica a revista íntima como último recurso a ser utilizado em defesa do patrimônio do empregador, sempre apontando situações concretas e utilizando critérios objetivos, como sorteio, numeração, todos integrantes de um turno ou setor, dentre outros. O ajuste prévio com a entidade sindical responsável ou com o próprio empregado na falta daquela também é válido desde que com máximo respeito aos direitos da personalidade.⁷⁴

LIMITES E RESTRIÇÕES DO DIREITO À PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Os limites e restrições impostos ao direito à privacidade nas situações concretas estabelecidas, e mesmo em outras não elencadas, no âmbito das relações de trabalho, decorrem da colisão do direito fundamental à privacidade do empregado com o direito fundamental à propriedade do empregador, como fundamento constitucional do poder de direção. O conflito, em tese, pode legitimar o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição.⁷⁵

Todavia, para alcançar os limites do direito à privacidade e estabelecer a possibilidade de restrições quanto ao seu exercício, não basta identificar os valores,

[...] cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por ele densificados, sem-

pre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado.

[...]

Em síntese, o que importa destacar, nesta quadra, é que eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição.⁷⁶

Dessa perspectiva toma aquilatada importância o exame das teorias que rondam a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, sendo suficiente mencionar duas principais, a saber: a teoria da eficácia mediata e a teoria da eficácia imediata.

A teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) foi formulada inicialmente por Gunther Durig e recepcionada pelo Tribunal Constitucional Alemão na decisão do caso “Luth”, em 1958.⁷⁷ Segundo a referida teoria, as normas de direitos fundamentais possuem eficácia nas relações entre particulares por intermédio dos parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos próprios do direito privado, do qual faz parte o direito do trabalho. Assim, a aplicabilidade da norma fundamental no caso concreto deriva da modulação de normas e parâmetros do direito privado, e não da Constituição. Ao legislador ordinário caberia, então, a delimitação do conteúdo próprio dos direitos fundamentais, enquanto ao julgador, suprir a omissão legislativa por meio de uma interpretação das normas de direito privado conforme os direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos,⁷⁸ mas como normas-princípio, o que, para os defensores da referida teoria, preservaria os atos de autonomia privada.

Concorre com a teoria da eficácia mediata a teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*), segundo a qual a ofensa de direitos fundamentais pode provir não apenas do Estado, podendo ser invocada nas relações entre privados sem qualquer intermediação.⁷⁹ A teoria que admite a vinculação dos particulares a direitos fundamentais de forma imediata parece ser a que mais se aproxima da realidade brasileira, em vista do princípio da supremacia da Constituição, da posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional (CF art. 5º, § 1º, art. 60, § 4º, IV) e no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).⁸⁰

Mas a eficácia de direitos fundamentais não pode se dar de forma linear e absoluta no âmbito privatista, apresentando-se como problema nos casos de colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito, bem como em sentido amplo, quando há colisão entre direito fundamental e bem constitucionalmente protegido. Assim, a dogmática constitucional contemporânea elaborou estruturas metodológicas para solucionar as colisões entre direitos fundamentais, de forma racionalmente justificável e controlável.

ESTRUTURAS DE PONDERAÇÃO

A teoria dos princípios⁸¹ e metodologia é aquela que estrutura o princípio da proporcionalidade. Antes de submeter o caso às estruturas da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – Robert Alexy conduz a análise do conflito à lei de colisão.⁸² Essa lei consiste em tomar, no caso concreto, uma relação de precedência condicionada, na qual deverão ser indicadas as condições em que, tomando por conta o caso concreto, um princípio terá maior peso que o outro.⁸³ O Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, utiliza a metáfora do peso⁸⁴ para aferir quando um princípio tem manifestamente um peso essencial maior que o outro.

Aqui, em ambas as situações exemplificadas – tanto no caso da inviolabilidade do correio eletrônico, como nos casos de revistas íntimas – podem ser realizados os seguintes sopesamentos à luz da compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito privado:⁸⁵ entre o poder de direção do empregador, fundamentado no direito de propriedade, e o direito fundamental (e da personalidade) à privacidade do empregado, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Se o direito privado, efetivamente, abandonou a clássica tripartição de Jean Carbonnier, assumindo manifesta preocupação com a pessoa humana e suas emanções, não é forçoso reconhecer que os direitos da personalidade possuem prevalência *prima facie* sobre o direito de propriedade. Portanto, esse “peso” maior dos direitos da personalidade é justificado à luz de *razões suficientes*.⁸⁶

A regra de precedência que é subsumida ao caso concreto praticamente nada diz sobre como, precisamente, se opera a técnica

da ponderação ou nada informa sobre as chamadas estruturas de ponderação. Dentre as estruturas de ponderação, está o princípio da proporcionalidade exercendo uma dupla função: proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente, no âmbito dos assim chamados limites aos limites dos direitos fundamentais.⁸⁷

Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade⁸⁸ desponta como critério racional e metodológico com razoável aceitação doutrinária⁸⁹ para controle dos atos restritivos de direitos fundamentais. Como critério de controle de legitimidade constitucional de proteção de direitos fundamentais,⁹⁰ o princípio da proporcionalidade subdivide-se em três elementos, quais sejam: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito. Explica Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] **a) a adequação** ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado; **b) da necessidade**, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados); **c) da proporcionalidade em sentido estrito** (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido chamado também de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional⁹¹ (grifos nossos).

Como se vê, a partir do princípio da proporcionalidade, é possível um controle racional de medidas restritivas de direitos fundamentais, embora, na jurisprudência trabalhista, de modo geral, a ponderação ocorra no plano da “mera” razoabilidade conforme constata Sarlet.⁹² Cumpre, então, submeter os casos apontados ao princípio da proporcionalidade.

Cr terio da adequa o

O critério da adequa o ordena que se verifique, no caso concreto, se a medida restritiva do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio   útil, id neo ou apropriado para atingir o fim perseguido.

No caso da inviolabilidade do correio eletrônico, o monitoramento das mensagens para controle de produtividade demonstra ser um meio adequado, pois atinge a finalidade perseguida pelo empregador: a do controle de produ o mediante aferi o do conteúdo das mensagens e do tempo despendido pelo empregado na realiza o de suas tarefas informáticas. No plano dos fatos, portanto, a viola o dos *e-mails* e o acesso ao conteúdo alcança o objetivo pretendido pelo empregador.

Na problemática da Revista Pessoal, da mesma forma, mostra-se adequada a técnica utilizada pelo empregador, para salvaguardar seu patrim nio, desde que não submeta o empregado   condi o vexatória ou humilhante – como no caso das revistas ótimas. A utiliza o das tecnologias nesse aspecto tem prestado contribui o relevante, no sentido de submeter o empregado a detectores de metais ou outras substâncias. Destarte, dependendo da forma como   utilizada, a revista pessoal ou ótima se revela um meio adequado para a tutela do patrim nio da empresa.

Qualquer outra situa o de restri o de direitos fundamentais submetida ao teste da pondera o, que não ultrapasse o juízo de adequa o, revela-se contrária   Constitui o, independente do exame acurado no âmbito das demais fases.

Cr terio da necessidade

Verificada a adequa o da medida restritiva do direito fundamental   privacidade, nos casos nominados, ordena-se que se examine o caso concreto   luz do critério da necessidade. Significa analisar se, entre os meios de restri es disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido   o meio menos restritivo – ou seja, menos prejudicial ou gravoso ao direito fundamental   privacidade.

Aqui a situa o de viola o do correio eletrônico não subsiste. O empregado dispõe de inúmeras formas de controle de produtividade

de seus empregados. O estabelecimento de metas de produção é um exemplo claro, em alguns casos, até de maior eficiência. Se não se revelar possível, conforme o caso concreto, ainda como *ultima ratio*, poder-se-ia admitir o monitoramento formal dos *e-mails* – sem adentrar no conteúdo (material) das mensagens –, pois preservaria sobremaneira o direito à privacidade do empregado e atingiria o mesmo fim perseguido pelo empregador: o controle de produção por meio do monitoramento das atividades informáticas. Tudo mais que se pretenda justificar em torno dos fundamentos que embasam a possibilidade de violação do correio eletrônico fica no plano da retórica inconsistente, já que se justifica a partir do *controle total* da produtividade do empregado, conforme visto. Como se vê, sequer é preciso ir adiante e submeter o caso do correio eletrônico ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito, pois aqui a medida restritiva adotada já se revela desproporcional, portanto contrária à Constituição.

No âmbito da problemática da revista íntima, o juízo de necessidade resta prejudicado em vista das inúmeras variações possíveis diante do caso concreto. A espécie de prestação laboral e a forma como é realizada a revista⁹³ são exemplos claros que, no caso concreto, possibilitam aferir outros meios ao alcance do empregador que atinjam a finalidade de proteção do patrimônio.

Proporcionalidade em sentido estrito.

Caso fosse suficiente a análise das duas primeiras fases, poderíamos ter uma medida restritiva de direitos fundamentais adequada, necessária, mas desproporcional. Exemplifica Virgílio Afonso da Silva:

Vamos supor o seguinte exemplo: com o intuito de realizar o direito à privacidade, o legislador aprova um projeto de lei, que é depois sancionado e promulgado, no qual se proíbem: (1) qualquer forma de jornalismo investigativo; (2) qualquer divulgação de dados constantes em qualquer processo, em qualquer nível; (3) a publicação de qualquer foto, de qualquer pessoa, a não ser com autorização expressa do fotografado; (4) a quebra do sigilo bancário, em toda e qualquer situação. Seria difícil, além disso, imaginar um conjunto de medidas que seja assim eficaz para a realização desse objetivo e que, ao mesmo tempo, restrinja menos os direitos fundamentais envolvidos (entre outros, a liberdade de imprensa e a publicidade dos atos processuais). A última

etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.⁹⁴

Diz-se isso diante da existência de autores que defendem que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve se limitar ao exame de adequação e necessidade, apenas. Isso porque esses dois critérios ofereceriam uma baliza objetiva, enquanto a proporcionalidade deixaria margem a um subjetivismo do intérprete podendo resultar em decisionismo judicial. Vale lembrar que o exame de adequação e necessidade, de qualquer sorte, é fruto de um subjetivismo do intérprete à medida que a resposta de formulações objetivas envolve valorações subjetivas.⁹⁵

Por isso, conforme Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito nada mais é senão a ponderação propriamente dita. Na lei da ponderação, quanto maior for o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a importância da satisfação do outro.⁹⁶ Essa análise enfrenta três passos: primeiro, a mensuração do grau de não satisfação ou de não realização de um princípio (o princípio restringido), o que significa “quantificar” o grau da intensidade da restrição; segundo, avaliação do “peso” da realização de outro princípio (o princípio oposto); terceiro, a demonstração de que a importância da realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido.⁹⁷

A objetivação da proporcionalidade, portanto, é irreal. O que é viável é a busca de um padrão intersubjetivo que permita um controle do raciocínio lógico da atividade jurisdicional, como nos casos de mera subsunção. Destarte, se ousar-se-ia traçar restrições aos direitos fundamentais em conformidade com a Constituição.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, extraem-se as seguintes considerações, elencadas em forma de tópicos, sem a pretensão de registrá-las como definitivas:

- a) Em que pese ser utilizado de forma banal como argumento retórico, o princípio da dignidade da pessoa humana é fonte de todos os demais e deles permanece subsidiário, alcançando conteúdo axiológico as normas de direitos fundamentais. A violação de um direito fundamental, portanto, não implica violação da dignidade humana. A utilização do princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser restrita às hipóteses em que nenhum outro direito ou princípio possa ser invocado, sob pena da dissolução do direito na dignidade. A proliferação do uso indiscriminado do termo “dignidade humana” como retórica argumentativa é condenável, pois, na maioria das situações, os anseios da ordem jurídica restam satisfeitos pelo texto legal ou pela dogmática interpretativa racional.
- b) O desenvolvimento dogmático dos direitos da personalidade e as lições da literatura civil-constitucional são essenciais no sentido de identificar as emanções da personalidade do indivíduo como atributo mais precioso da ordem jurídica. A partir dessa leitura, a índole patrimonialista à luz da qual ao direito privado apenas interessavam a propriedade, a família e os contratos, é superada. O direito de propriedade, como fundamento do poder de direção do empregador, experimenta uma releitura. Os direitos fundamentais e os direitos da personalidade possuem convergências, mormente na disciplina de restrições de direitos, em especial o direito à privacidade.
- c) A leitura do poder de direção do empregador deve ser tomada dentro dos limites impostos pelos direitos fundamentais, de modo que, verificado o conflito de interesses entre bens constitucionalmente tutelados, recorre-se à técnica da ponderação e ao princípio da proporcionalidade. No caso do correio eletrônico, viu-se que o exercício do poder de direção não legitima a violação do conteúdo material das mensagens eletrônicas, não atendido o critério da necessidade. Nas situações em que é utilizada a revista íntima, o caso concreto deve ser analisado à luz das balizas alcançadas como estruturas de ponderação guiadas pelo princípio da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e razoabilidade em sentido estrito.

NOTAS

- 1 LEWICK, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 41.
- 2 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.
- 3 Sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ver: BOBBIO, Norberto. A Revolução Francesa e os direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- 4 Exemplificadamente, cita-se: Immanuel Kant, Boécio, Pico della Mirandola, São Tomás de Aquino, dentre outros.
- 5 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 32 e ss.
- 6 Ibidem, p. 63.
- 7 SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010. p. 40.
- 8 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 91. No mesmo sentido: MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 24. Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 314.
- 9 A vulnerabilidade não significa uma diferenciação ontológica no que diz respeito à titularidade de direitos do trabalhador. O princípio da proteção apenas reestabelece a desigualdade fática existente entre os sujeitos da relação de trabalho, de modo a proporcionar a eficácia e efetividade dos direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores.
- 10 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. 1ª T., Ac. 3.879, RR 7.642/86, Rel.: min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 9 nov. de 1987.
- 11 O art. 373-A é uma proteção tacanha à intimidade do trabalhador nos casos de revista íntima.
- 12 A tutela ostensiva a que fizemos referência é aquela do art. 5º, X, da Constituição que refere ser “inviolável” a intimidade e a vida privada. Inviolabilidade que, na literalidade, não comporta exceção sequer nos termos da Lei. Trata-se, como dito, de uma tutela robusta em defesa da privacidade.
- 13 ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos da personalidade e sua aplicação às relações de trabalho. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 3. n. 6, 2009, p. 165.
- 14 Tepedino constata que: “[...] o direito romano não tratou dos direitos da personalidade aos moldes hoje conhecidos. Concebeu apenas a *actio injuriarum*, ação contra a injúria que, no espírito prático dos romanos, abrangia qualquer ‘atentado à pessoa física ou moral do cidadão’, hoje associado à tutela da personalidade humana” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24).
- 15 Ibidem, p. 25.
- 16 O argumento que restou superado se dava no sentido de que a personalidade, atrelada ao indivíduo – identificando-se com a titularidade de direitos – não poderia, ao mesmo tempo, ser objeto deles. Haveria uma contradição lógica.
- 17 FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**, n. 362, p. 44, 2007.
- 18 Ibidem, p.29.
- 19 FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano**. Roma, 1921, I, p. 395, *apud*: TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 31.
- 20 Além da obrigação negativa referida pelo autor citado, entendemos que há também uma obrigação positiva, no sentido de promoção e respeito aos direitos fundamentais.
- 21 Ibidem.
- 22 Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

- “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]”.
- 23 TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 47.
- 24 Índole patrimonialista, em nossa modesta concepção, seriam os pilares básicos do Direito Civil clássico, definidos por Jean Carbonnier como: família, propriedade e contrato.
- 25 FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50.
- 26 Capítulo II, arts. 11 ao 21.
- 27 FACCHINI NETO, Eugênio, op. cit., p. 51.
- 28 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.15.
- 29 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**, in Harvard Law Review, 1890.
- 30 SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 289-290. Conforme o referido autor, o conceito encontra-se disposto na Res. nº 428, de 23 de janeiro de 1970, no § “c”, alíneas 2 e 3 da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa.
- 31 MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 379.
- 32 GONZALES, Douglas Camarinha. O direito à privacidade e à comunicação eletrônica. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 1, out. 2008. Disponível em: <http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/douglas_gonzales.htm> Acesso em: 17 jun. 2010.
- 33 Cita-se, como exemplo, o caso do ex-prefeito de Campos Borges-RS, que utilizou bem público para uso particular. A Quarta Câmara Criminal do TJ-RS julgou a Apelação Crime nº 7002362881, cuja ementa fora lavrada nos seguintes termos: “APELAÇÃO. DECRETO-LEI 201/67. EX-PREFEITO MUNICIPAL. USO INDEVIDO DE BEM PÚBLICO. PROVA TESTEMUNHAL. AUTORIA COMPROVADA. Comprovado pela prova testemunhal que o réu realmente fez uso indevido de bem público, valendo-se de veículo oficial da Prefeitura para deslocar-se até um motel, deve ser mantida a condenação do réu. Por outro lado, favoráveis todas as circunstâncias do art. 59, a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal. Recurso parcialmente provido. (Apelação Crime Nº 70023628811, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 31/07/2008)”.
- 34 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.
- 35 Ibidem, p. 27.
- 36 FACHINI NETO, Eugênio, op. cit., p. 50.
- 37 BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 111.
- 38 O termo é perfilhado pelo professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, pois “[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 45).
- 39 Para estudo minucioso acerca das teorias que rondam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados, ver: CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- 40 Veja-se que o art. 5º, X, da Constituição Federal possui tutela semelhante aos arts. 12, 20 e 21 do Código Civil.
- 41 CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 181.
- 42 A referência aos modelos da incomunicabilidade e comunicabilidade é da professora Judith Martins-Costa: MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista

- do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 66-69.
- 43 Ibidem, p. 69.
- 44 “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.
- 45 “[...] tudo mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 564).
- 46 Art. 170, Constituição Federal.
- 47 O ordenamento espanhol, por exemplo, utiliza como fundamento “la libertad de empresa”. Assim: “*El poder de dirección entendido como conjunto de facultades que definen la posición jurídica del empresario el seno de la relación laboral, encuentra su fundamento constitucional en el art. 38 CE, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, al tiempo que se recoge el compromiso de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y defender la productividad. El poder de dirección del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y, como tal, há de consta de las facultades que permitan llevar a cabo la iniciativa económica de la empresa y la defensa de los intereses legítimos, reconocidos en la Constitución*” (RUBERT, M^a Belén Cardona. **Informática y contrato de trabajo**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 40.
- 48 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 562).
- 49 LEWICIKI, Bruno, op. cit., p. 20.
- 50 DEMASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós industrial. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio. 2001. p. 136.
- 51 LEWICIKI, Bruno. op. cit., p. 21.
- 52 Ibidem, p.22.
- 53 Há também quem denomine essa nova modalidade de controle de “feudalismo virtual”. Nesse sentido: ESCANSIANO, Susan Rodríguez. **El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores**: nuevas perspectivas. Albacete: Ed. Bomarzo. 2009. p. 67
- 54 Segundo Foucault, em cada cela deveria existir uma criança aprendendo a escrever, um operário aprendendo a trabalhar, um prisioneiro a ser corrigido, um louco tentando corrigir sua loucura etc.
- 55 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 18. ed. Petrópolis : Vozes, 1998. p. 168.
- 56 CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. La informatización y las nuevas formas de trabajo. In: CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón (Org.). **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**. Albacate: Ed. Bomarzo. 2004. p. 10.
- 57 MIGUEL, Carlos Ruiz. **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Madrid: Ed. Tecnos. 1995. p. 185.
- 58 Aqui, é propositada a referência aos direitos fundamentais, já que, ao menos em tese, não é possível falar em direitos da personalidade da empresa, pois personalidade tem a pessoa humana e não a pessoa jurídica. Gize-se que não se nega a titularidade de direitos fundamentais da empresa, em especial, o direito à privacidade e ao sigilo de seus dados, razão pela qual se mostra desafiadora a tarefa de acomodar os interesses e direitos envolvidos, sem resultar em decisionismo retórico ou ilógico. Sobre “pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais” e sua fundamentação jurídico-constitucional, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 222-223.
- 59 HAINZENREDER, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo: Ed. Atlas. 2009. p. 79.
- 60 A ausência de uma regulamentação do poder de direção no âmbito de ações contrárias a direitos fundamentais também é constatada na doutrina espanhola. Nesse sentido: SEIN, José Luis Goñi.. **Vulneración de derechos fundamentales em el trabajo mediante ins-**

- trumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos.** In: CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón, op. cit., p. 49.
- 61 “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
- Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.
- 62 A crítica que se faz é direta à Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. No Recurso de Revista, TST- RR-613/2000-013-10-00.7, restou entendido que somente o *e-mail* pessoal do empregado é que goza de proteção constitucional e legal de inviolabilidade, pois o *e-mail* corporativo se destina apenas ao tráfego de mensagens de cunho estritamente profissional. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente, o *e-mail* corporativo sofre desvio de finalidade, mediante utilização abusiva, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. O que está em jogo, antes de tudo, nesses casos, é o direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor. Também ressaltaram a relevância da responsabilidade do empregador perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço, assim como o direito à imagem do empregador, que goza de proteção constitucional. O empregado, ao receber o correio eletrônico para uso estritamente profissional, portanto, não tem razoável expectativa de privacidade, como se vem entendendo no direito comparado (EUA e Reino Unido). A violação do *e-mail* pode se dar tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material, não se revelando ilícita a prova obtida por esse meio para demissão por justa causa. Fica evidente no julgado a utilização do direito comparado de forma distorcida, pois direito estrangeiro em nada se assemelha à comparação de institutos proposta pelo art. 8º da CLT. O entendimento adotado no direito anglo-saxão, acerca de uma “razoável expectativa de privacidade” que restaria desatendida mediante comunicação de monitoramento de *e-mails* por uma política de transparência, não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro em face da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade – em especial o direito à privacidade – por expressa dicção legal (art. 11, Código Civil) e impossibilidade de restrição constitucional ao seu exercício pela desigualdade material existente entre os sujeitos da relação de emprego. Sobre a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade pelo trabalhador, ver: GEIDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- 63 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 387.
- 64 O direito espanhol, por exemplo, equiparou a correspondência postal à correspondência eletrônica, ao menos para o fim de tutela penal, como é possível perceber pela leitura do art. 197.1 do Código Penal Espanhol: “*El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”.
- 65 RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 239.
- 66 LOBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 34. p. 101-102, abr./jun. 2008.
- 67 Nesse sentido: “[...] o direito ao sigilo da correspondência fechada, ainda quando não resulta de intimização (confidencialidade), existe como direito absoluto. O escrito, a carta, ou a obra, se está em sobrecarta, ainda não se separou suficientemente da pessoa ou não

- se concebeu como separável, de modo que se tem como irradiação da personalidade; e está 'in transitu' para outra pessoa. É direito de personalidade: não pode ser alienado, nem é renunciável" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970-1973, tomo VII, p. 129).
- 68 ORTEGA, Santiago González. La informática en el seno de la empresa. Poderes el empresario y condiciones de trabajo. In: CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón, op. cit., 38.
- 69 FONS, Daniel Martínez. El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa. In: PARRA, Manuel Luque (Coord.). **Relaciones laborales e nuevas tecnologías**. Madrid: Ed. La Ley, 2005. p. 201.
- 70 CALVO, Adriana. O conflito entre o poder o empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. **Revista Ltr.**, ano 73, n. 1, p. 67, jan. 2009.
- 71 BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregador**. São Paulo: LTr, 1997. p. 73-74.
- 72 RR 1.395/2005-016-09-00.7.
- 73 Proc. nº 411/2004-058-15-85.5
- 74 BARROS, Alice Monteiro de, op. cit., p. 74
- 75 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 393.
- 76 Ibidem, p. 394-395.
- 77 CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 169.
- 78 Ibidem, p. 171. À luz da teoria mediata, esclarece LA CRUZ que, como direitos subjetivos, os direitos fundamentais somente poderiam ser invocados em frente ao Estado e não aos particulares.
- 79 Ibidem, p. 184.
- 80 STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 25.
- 81 Para distinção entre regras e princípios, ver: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1034-1061. Sobre princípios e valores: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.138-151.
- 82 ALEXY, Robert, op. cit., p. 90.
- 83 Ibidem, p. 93.
- 84 BVerfGE 51,324 (346), *apud*: ibidem.
- 85 Entre nós, já referido: FACCHINI NETO, op. cit.
- 86 ALEXY, Robert, Ibidem.
- 87 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 394-396.
- 88 Entre nós, cumpre anotar a distinção terminológica realizada entre "princípio, máxima, regra ou postulado" que leva Virgílio Afonso da Silva a denominar o princípio da proporcionalidade de "regra da proporcionalidade". Cf: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p.167-168.
- 89 A exemplo de: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais em perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. 2011; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. No âmbito das relações laborais, em especial: JIMÉNEZ, Carmen Algar. **El derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías**. Madrid: Grupo Difusión, 2007.
- 90 Cf. Prof. Ingo, o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face: "[...] atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção" (SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 397).

- 91 Ibidem, p. 397-398.
92 Ibidem, p. 401.
93 Por exemplo: em uma fábrica de metais não se admite a revista íntima e pessoal dos empregados quando esta pode ser realizada por detector de metais. As duas formas de revista atingiriam a mesma finalidade, mas a última é menos gravosa ao direito à intimidade.
94 SILVA, Virgílio Afonso da., op. cit., p. 175.
95 Ibidem, p. 177.
96 ALEXY, Robert, op. cit., p. 163.
97 STEINMETZ, Wilson, op cit., p. 42.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos da personalidade e sua aplicação às relações de trabalho. **Direitos Fundamentais e Justiça**. Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregador**. São Paulo: LTr, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALVO, Adriana. O conflito entre o poder o empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. **Revista LTr**. ano 73, n. 1, jan. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. La informatización y las nuevas formas de trabajo. In: CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón (Org.). **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**. Albacete: Ed. Bomarzo. 2004.

CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DEMASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós industrial. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio. 2001.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESCANSIANO, Susan Rodríguez. **El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas**. Albacete: Ed. Bomarzo. 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**, n. 362, 2007.

FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921, tomo I.

FONS, Daniel Martínez. El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías em la empresa. In: PARRA, Manuel Luque (Coord.). **Relaciones Laborales e Nuevas Tecnologías**. Madrid: Ed. La Ley, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 168.

GEIDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GONZALES, Douglas Camarinha. O direito à privacidade e à comunicação eletrônica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 1, out. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/douglas_gonzales.htm> Acesso em: 17 jun. 2010.

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

JIMÉNEZ, Carmen Algar. **El derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías**. Madrid: Grupo Difusión, 2007.

LEWICK, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 34, abr./jun. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 24. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 379.

MIGUEL, Carlos Ruiz. **La configuracion constitucional del derecho a la intimidad**. Madri: Editoral Tecnos. 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTEGA, Santiago González. La informática em el seno de la empresa: poderes el empresário y condiciones de trabajo. In: CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**. Albacete: Ed. Bomarzo. 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970-1973. tomo VII.

RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

RUBERT, M^a Belén Cardona. **Informática y contrato de trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEIN, José Luis Goñi. Vulneración de derechos fundamentales em el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. In: CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. **Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo**. Albacete: Ed. Bomarzo. 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2005.

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

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**, Cambridge: Harvard Law Review, 1890.

Artigo recebido em: 24-5-2012

Aprovado em: 19-11-2013

Guilherme Augusto Pinto da Silva

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUC-RS); professor Titular da graduação e pós-graduação do Curso de Direito da AJES/MT - Faculdades do Vale do Juruena.

Faculdades do Vale do Juruena

Avenida Gabriel Müller, 1065, Módulo 01 Juína, MT - Brasil - CEP: 78320000.

E-mail: guilherme.pinto@yahoo.com.br

