

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Guilherme Augusto Pinto da Silva¹

RESUMO: a sociedade contemporânea, induzida pelo infindável avanço tecnológico, está vivenciando um processo de quebra de paradigmas. No âmbito das relações de trabalho é que essas vivências das novas tecnologias tem demonstrado maior impacto, do ponto de vista jurídico-científico. Isso porque o uso das tecnologias, dentre outros incontáveis benefícios, acaba por romper barreiras tidas como invioláveis, a exemplo da privacidade, correspondência e domicílio. Dessa perspectiva, o direito ao trabalho e demais direitos sociais experimentam verdadeira mitigação, permitindo abusos do poder de direção do empregador e restrições ilegítimas dos direitos fundamentais dos empregados. A jurisprudência é cambaleante e a doutrina incipiente é controvertida, sem que se vislumbrem critérios objetivos para solução da problemática, longe do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Novas tecnologias. Direito ao Trabalho. Direitos da Personalidade. Eficácia de Direitos Fundamentais. Restrições de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: contemporary society, driven by boundless technological advance, is experiencing a process of breaking paradigms. In the context of labor relations experience is that these new technologies have shown the greatest impact in terms of legal and scientific. This is because the use of technology, among countless other benefits, just to break barriers taken as being inviolate, like privacy, domicile and correspondence. Accordingly, the right to work and other social experience true mitigation, permitting abuses of power direction of the employer and illegitimate restrictions of fundamental rights of employees. The case is staggering and the incipient doctrine is controverted, with no objective criteria be devised to solve the problem, far from the concret case.

KEYWORDS: New technologies. Right to Work. Personality Rights. Efficacy of Fundamental Rights. Restrictions on Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O direito ao trabalho, 2.2 Direitos sociais e sua (in) eficácia frente às novas tecnologias; 3 Os direitos da personalidade, 3.1 O direito à intimidade e à vida privada; 4. Poder de direção; 5 Direitos da personalidade e Poder de Direção, 5.1 Revista Íntima, 5.2 Câmeras de Monitoramento, 5.3 Correio eletrônico, 5.4 Possíveis critérios para restrição de direitos fundamentais do trabalhador; 6 Conclusão; Referências.

¹Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente ensaio se traduz na análise e identificação das possíveis violações a direitos e garantias de empregados e empregadores, por conta da utilização das novas tecnologias no ambiente de trabalho. Não há pretensão alguma de exaurir a temática, senão realizar uma simplória e genérica abordagem das situações triviais de violação de direitos fundamentais a partir do uso das novas tecnologias, em uma leitura crítica e propositada a instigar o debate acadêmico.

Dessa perspectiva, abordar-se-á a temática das novas tecnologias, direito ao trabalho, bem como das possíveis intervenções da máquina na substituição das tarefas do trabalhador. Também será objeto de apontamento a expansão das modalidades de controle e os abusos do poder de direção do empregador proporcionado pelas tecnologias, frente ao direito à privacidade e intimidade dos empregados. Por fim, propõe-se a construção de uma leitura adequada da garantia constitucional do direito ao trabalho, modulando sua eficácia e efetividade frente ao uso das novas tecnologias.

2 O DIREITO AO TRABALHO

O direito a um posto de trabalho condignamente remunerado, constitui sustentáculo ao projeto espiritual² do homem, conferindo-lhe dignidade plena. É dizer que sem o direito ao trabalho, o indivíduo encontraria dificuldades em prover sua subsistência, o que acabaria por atingir o direito à própria vida. Como corolário, percebe-se uma íntima relação entre os direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão³, pois os direitos fundamentais de primeira dimensão, em sua pretensão positiva, concorrem para a concretização dos chamados direitos de segunda dimensão.

Dessa perspectiva, o direito ao trabalho apresentou significativo avanço dogmático, encontrando dicção constitucional no art. 7º, que além da despedida arbitrária ou sem justa causa, consagra a proteção de “outros direitos”⁴ já na parte final do primeiro inciso. Essa redação remete o intérprete aos direitos de primeira

²MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, p. 41-43. Mirandola defende a racionalidade como critério objetivo da dignidade da pessoa humana, pois a partir dela, seria possível ao homem arquitetar sua existência através do livre-arbítrio.

³O termo é perflhado pelo Prof. 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.

⁴Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;(...).

dimensão, que em sua incipiência eram utilizados como instrumento de defesa frente ao Estado. Posteriormente – e ainda sendo objeto de discussão doutrinária⁵ – percebeu-se que era possível invocar os direitos fundamentais frente aos particulares, e por que não dizer, nas relações de trabalho.

A vulnerabilidade do empregado na relação de trabalho sempre foi característica marcante, de modo que essa hipossuficiência restou em parte sanada pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Todavia, com o desenvolvimento das novas tecnologias, utilizadas em geral como instrumento facilitador da prestação laboral, ressurgiu a problemática acerca da proteção do trabalhador, agora frente ao uso das novas tecnologias e os abusos do poder de direção que a modernidade proporciona, e, via de regra, acaba por ofender direitos da personalidade dos empregados.

A chamada desregulamentação ou flexibilização⁶ dos direitos trabalhistas, acaba por despertar reflexões, pois atenuam a rigidez dos contratos de trabalho para uma adequação ao novo modelo econômico e globalizado, o que, por óbvio, se reverte em prejuízo ao trabalhador. Nesse sentido, a garantia constitucional do direito ao trabalho e demais direitos sociais, acaba mitigada em face da implementação das novas tecnologias, seja como instrumento facilitador da prestação laboral, ou de controle.

Isso se deve à carência de regulamentação no âmbito da implementação das novas tecnologias, visto que a legislação não acompanhou o avanço tecnológico impondo um desafio aos juristas, exigindo a (trans)formação do operador em intérprete. Por isso revela-se importante analisar algumas pontuais consequências decorrentes do impacto das novas tecnologias nas relações de trabalho.

2.1 Direitos sociais e sua (in)eficácia frente às novas tecnologias

A tecnologia proporciona um leque imenso de operacionalidades múltiplas prestadas de um só local, de modo a facilitar qualquer que seja a atividade desenvolvida por este meio, mormente as relacionadas ao trabalho. Atentas às modalidades de produção otimizadas, as empresas têm investido cada vez mais em tecnologia, principalmente aquelas que utilizam a Internet⁷. Todavia, da mesma forma que as tecnologias são utilizadas para facilitar a prestação laboral, também se tornam instrumento de controle por parte do empregador, no exercício do poder diretivo.

Em outras situações, como no teletrabalho, a tecnologia rompe a

⁵Acerca dos limites dos direitos fundamentais entre os particulares, com a análise minuciosa acerca das teorias que rondam o tema, inclusive à luz da boa-fé, que permeia os contratos de trabalho, 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.

⁶LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1998. p. 139.

⁷BARBOSA, Alexandre. *Cuidado, a internet está viva!*: os incríveis cenários para o futuro desse fenômeno. 1 ed. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2005, p. 67 e ss.

barreira do chamado “ambiente de trabalho”, pois é possível que os trabalhadores realizem suas atividades de qualquer lugar, bastando que estejam conectados a um computador. Verifica-se, então, uma manifesta tolerância à mitigação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, inclusive o direito à saúde, pois em alguns casos a constatação das condições de trabalho do indivíduo resta obstaculizada.

Outrossim, a implementação das tecnologias de automação e robótica, acabam por substituir o trabalho do homem pela máquina, passando a exigir uma qualificação técnica cada vez maior do trabalhador, criando novos postos de trabalho, novas vagas, mas, ao mesmo tempo, expurgando do mercado de trabalho os indivíduos que antes realizavam atividades simplórias e artesanais. Exemplo claro desta constante implementação diz respeito à coleta de lixo na capital do Rio Grande do Sul, que recentemente passou a operar através de contêineres automatizados. O trabalho extremamente insalubre, arriscado, e por que não dizer indigno, de recolher o lixo pondo-se a correr atrás do caminhão que realiza a coleta, antes feitos pelos “gari”, agora é realizado pelas máquinas. E o trabalho do “gari”, que nada mais sabe fazer senão desempenhar sua atividade simplória, agora extinta pela máquina?

Aqui novamente o direito ao trabalho se vê mitigado em face das tecnologias de automação e robótica, pois assim como serão criados inúmeros outros postos de trabalho, seja para fabricação ou manutenção de contêineres, os trabalhadores que foram substituídos pelas máquinas terão de encontrar uma nova função, sob pena de comporem as estatísticas de desemprego. Resta a indagação: qual a eficácia do direito ao trabalho frente às novas tecnologias? Estaria o trabalhador “a salvo” das intervenções tecnológicas? Resta claro, pois que:

É preciso preservar o trabalho. Não somente o trabalho visto como interação com a natureza, mediante a qual a pessoa garante o acesso a bens que necessita, mas principalmente o trabalho abstrato, produtivo, material ou imaterial, produtor de mais-valia, resultado da opção pelo modo de produção capitalista, sem cair na armadilha da tomada de um pelo outro⁸.

Não por outro motivo, a Constituição Federal proclamou o trabalho como bem jurídico fundante do Estado Democrático de Direito, estabelecendo que a ordem econômica deve ser estruturada na valorização do trabalho⁹. Desta perspectiva, a função do Estado de fiscalização, incentivo e planejamento com a finalidade de assegurar o conteúdo axiológico das normas de direito fundamental, deve servir de norte para o setor privado.

Das chamadas novas tecnologias, decorrem inúmeras outras situações problematizadas como o “direito à desconexão” oriundo da doutrina francesa; o direito à intimidade e à vida privada frente ao poder de direção do empregador, nos casos de violação do correio eletrônico pessoal ou corporativo; revista íntima¹⁰;

⁸COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 170.

⁹MUNARO, Franciel. *A dignidade da Pessoa Humana e Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. n.º 1. 2010. p. 87.

¹⁰MUNARO, Franciel. *A dignidade da Pessoa Humana e Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal de*

vigilância através de câmeras ocultas; exigência de exames médicos. Em síntese, além da problemática de eficácia do direito ao trabalho e demais direitos sociais, agora mitigada em face da implementação de novas tecnologias, experimenta-se a tolerância à violação de direitos da personalidade dos empregados, dada à ausência de regulamentação quanto às formas de controle, bem como a vagueza jurídica e amplitude dada ao poder de direção do empregador.

Destarte, verificada a mitigação do direito ao trabalho e demais direitos sociais e a problemática decorrente, cumpre analisar o tratamento dispendido aos direitos da personalidade do trabalhador enquanto participe do empreendimento econômico dirigido pelo empregador.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Poucos temas revelaram tanta polêmica quando do seu surgimento, como os direitos da personalidade¹¹. O infindável avanço tecnológico – e também sociológico – há tempos estagnou juridicamente o ordenamento, de modo que as mais variadas e complexas relações que se estabelecem na sociedade não encontram correspondência na legislação ou mesmo no apelo aos costumes: tudo é muito recente e as transformações são aceleradas.

De um lado temos uma sociedade que apresenta a cada dia uma nova situação de fato que não encontra correspondência jurídica na letra fria da lei, seja pela omissão legislativa, seja pela inovação que sugere. De outro, temos a doutrina e a jurisprudência resgatando conceitos já superados, para encontrar fundamentos que abarquem novas situações. Abordar os direitos da personalidade em sua completude exigiria, portanto, uma pesquisa específica e dirigida, razão pela qual será feita uma análise superficial das questões mais polêmicas que rondam a temática.

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 teorias¹², tratou dos direitos da personalidade nos moldes em que hoje é compreendido¹³.

Após imbróglis doutrinários quanto à própria existência dos direitos da personalidade, mais precisamente a partir dos anos cinquenta, é que restou admitida a existência dos direitos da personalidade. Todavia, esse reconhecimento

1988. Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. nº 1. 2010. p. 176.

¹¹TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23.

¹²ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre o Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações de Trabalho*. In: Direitos fundamentais e justiça. Porto Alegre, v.3. n. 6, 2009, p. 165.

¹³Tepedino 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. op. cit. p. 24.

se dava sempre a partir da noção de propriedade¹⁴¹⁵. Posteriormente, ressentiu-se a preocupação doutrinária em buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito, tendo em conta a dogmática dos direitos patrimoniais.

Restou pacífico, então, que a pessoa deve ser vista em toda sua dimensão ontológica e não como sujeito abstrato de uma relação jurídica, ou mesmo de titular de direitos. Por isso, defende-se que a tutela dos direitos da personalidade encontra-se atrelada, no mínimo, à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana – núcleo duro da personalidade do indivíduo.

No que diz respeito à produção legislativa acerca dos direitos da personalidade no âmbito das relações de trabalho, enfatiza-se que até a presente data não existe legislação específica e dirigida. A Consolidação das Leis Trabalhistas nada disse sobre os direitos da personalidade dos trabalhadores, estampando no art. 7º uma abertura necessária e bastante clara. Em síntese, servem o direito comum (leia-se direito civil) e o direito comparado (e diga-se que direito comparado e direito estrangeiro não são a mesma coisa), como fontes subsidiárias da legislação trabalhista.

E neste mister o Código Civil de 1916 igualmente silenciou sobre os direitos da personalidade. Somente após o advento da Constituição Federal de 1988, é que se incorporou uma proteção clara à pessoa humana, alçada como fundamento da república, e aos direitos da personalidade, agora estampados no art. 5º, inciso X, em tutela ostensiva, pois “invioláveis”.

Consagrados no âmbito da doutrina e reafirmados pelo Código Civil de 2002, com capítulo específico servindo de chave de leitura aos demais dispositivos, passou-se a estabelecer a classificação dos direitos da personalidade. Em síntese, são: inatos (originários); absolutos; irrenunciáveis; extrapatrimoniais; intransmissíveis; imprescritíveis; impenhoráveis; vitalícios; necessários; oponíveis erga omnes¹⁶. À presente pesquisa, evidencia-se o fato de serem irrenunciáveis, indisponíveis e absolutos.

A irrenunciabilidade por que retrata a impossibilidade de a pessoa abdicar de algum dos direitos da personalidade, mesmo que não os exercite, uma vez que ele é inseparável da personalidade humana¹⁷. Por serem indisponíveis, outrossim, identificam-se com os bens mais preciosos da pessoa, situando-se em um patamar que, em princípio, impossibilita a transação.

No entanto, não é raro percebermos pessoas autorizando situações limites, de privacidade, ou da própria integridade física, como é recorrente em reality shows e programas televisivos assemelhados. É claro que nesses casos, os indivíduos “vendem”

¹⁴Destaca-se que a índole patrimonialista antes tida como essencial à tutela dos direitos da personalidade, restou superada a partir do fenômeno da constitucionalização do direito privado, quando a pessoa humana e suas emanções foi alçada ao centro da preocupação privatista. Essa concepção se faz primordial à compreensão da problemática dos direitos da personalidade no âmbito das relações de trabalho, pois enquanto o poder diretivo do empregado encontra fundamento no direito de propriedade, os direitos da personalidade constituem sustentáculo da defesa e promoção a dignidade da pessoa humana, ou seja, do trabalhador que não perde a condição de destinatário do texto constitucional.

¹⁵Ibidem. p.29.

¹⁶BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.15.

¹⁷Ibidem.

seus direitos, em tese indisponíveis. A limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade, porém, não implica na perda desses direitos pelo seu titular, de modo que a qualquer momento – outra característica é a imprescritibilidade – é possível revogar essa autorização concedida e, sendo o caso de ofensa à própria dignidade, pleitear a indenização correspondente, conforme prevê a Constituição Federal.

Na hipótese cogitada, porém, quando o indivíduo aceita a restrição a um direito fundamental, encontra-se no mesmo patamar de igualdade com a parte com a qual vai contratar. Vale dizer que nesses casos, o indivíduo pode autodelimitar – sem que atinja o núcleo essencial, portanto não renunciar – seus direitos até o limite de sua própria dignidade. Nas relações de trabalho, porém, a desigualdade dos sujeitos é latente, e admitir sem escrúpulos,¹⁸ restrições ou limitações de direitos fundamentais dos trabalhadores, significa abrir uma porta ao abuso e ao arbítrio, pois:

Apesar de todo o discurso em torno da construção da subjetividade de um novo trabalhador reconhecido como pessoa humana e, por conseguinte, dotado de direitos fundamentais intangíveis, uma série de abusos, humilhações e violência simbólicas ou abusos morais vem ocorrendo no local de trabalho, desencadeando patologias psíquicas que são relatadas simultaneamente em distintos países¹⁹.

Isso significa, portanto, que apesar de absolutos, os direitos da personalidade não são irrestringíveis ou ilimitáveis, existindo a necessidade de conjugação com outros direitos fundamentais, como o direito à propriedade, enquanto fundamento do poder diretivo do empregador. O caráter absoluto dos direitos da personalidade, portanto, não pode significar uma liberdade arbitrária ao titular, devendo, dessa forma, ser limitado pela própria lei que os institui e pela leitura do ordenamento enquanto sistema, em face das conjugações possíveis com outras situações igualmente tuteladas e protegidas pelo direito. As limitações devem ser valoradas, objetivamente, seguindo os interesses e fins sociais da ordem jurídica – em uma leitura constitucional.

3.1 O direito à intimidade e à vida privada

A discussão acadêmica acerca do direito à privacidade foi introduzida pelos advogados Warren e Brandeis²⁰, através de artigo célebre da literatura jurídica *The Right to Privacy*. Naquela feita os autores interpretaram o direito à privacidade como um direito à “não intrusão”, trazendo como característica marcante a ideia de isolamento e reserva: *the right to be let alone*. Posteriormente, a própria *privacy* foi

¹⁸Não significa que sejam irrestringíveis, desde que se estabeleçam critérios que legitimem a restrição, pois como adverte o Prof. Ingo Sarlet: “não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados, sempre atento às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado.” 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, 2001. p. 394.

¹⁹COUTINHO, Aldacy Rachid. op. cit. p. 175.

²⁰WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*, in Harvard Law Review, 1890.

objeto de inúmeras interpretações, sendo que mesmo nos dias de hoje, permanece controversa sua interpretação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal²¹ e o Código Civil²² determinam que a vida privada – e intimidade²³ – são invioláveis. Mas a multiplicação da capacidade de percepção dos acontecimentos no mundo pelo homem sugere um passo para um processo revolucionário que poderá resultar no ostracismo da privacidade²⁴, mesmo após os árduos anos de luta para que pudesse ser reconhecido este direito. É que em tempos de evasão da privacidade, principalmente através do uso das novas tecnologias, fica cada vez mais difícil se defender das modalidades de invasão da privacidade.

Nesse sentido importa estabelecer a distinção entre o direito à vida privada e à intimidade, pois se fossem sinônimos²⁵ a redação constitucional seria inócua. No que se refere ao direito à intimidade, 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.

Inúmeros foram os autores que esboçaram uma definição do chamado direito à privacidade. De modo geral, existe um consenso em 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 mesmo.”²⁶

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 da sociedade, 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 é ilegítima, seja na investigação do lixo do vizinho, escuta clandestina de conversas, ou mesmo

²¹Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²²Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²³Embora a jurisprudência e vários autores não distingam intimidade de privacidade, entendemos que há uma distinção. 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.

²⁴BENDA, ERNST. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Wener; VOGEL, Hans-Joehen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual del derecho constitucional*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p.131.

²⁵Embora sejam minoritários na doutrina, existem posicionamentos que defendem a inexistência de uma diferenciação entre o direito à intimidade e à vida privada. Dentre estes: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 206.

²⁶MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.379.

na monitoração de e-mails²⁷. A noção de vida privada, portanto, engloba formas exclusivas de (con)vivência e de troca de informações, as quais devem ser excluídas de terceiros²⁸. Apesar de um contexto temporal diverso, esta foi a mesma conclusão de Warren e Brandeis:

O direito deve servir para proteger aquelas pessoas cujos assuntos não dizem respeito a uma preocupação legítima da comunidade, que não quer ser arrastada a uma publicidade indesejável e indesejada, e para proteger toda pessoa, qualquer que seja a sua posição social ou status, de ver tornado público, contra sua vontade, assuntos que prefere manter em reserva. A injustificada invasão à privacidade individual é que é censurada e, tanto quanto possível, preservada.^{29 30}

A exata compreensão dos direitos da personalidade, em especial os nominados direito à privacidade e à intimidade, é de fundamental relevância à compreensão da problemática de violação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho. É que o poder de direção do empregador, da forma como interpretado pela jurisprudência trabalhista, pode sugerir a existência de uma diferenciação ontológica na eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores³¹, que não perdem a condição de destinatários do texto constitucional por se encontrarem regidos pelo vínculo da subordinação.

Em outras palavras, é ressabido que o ordenamento jurídico se volta à proteção a pessoa humana e suas emanções, e o trabalhador, enquanto sujeito da relação de trabalho, não perde a condição de pessoa humana³². Portanto, merece tratamento igualitário. Abordada a questão dos direitos da personalidade do

²⁷GONZALES, Douglas Camarinha. *O direito à privacidade e à comunicação eletrônica*. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre, n. 01, out. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/douglas_gonzales.htm> Acesso em: 17 jun. 2010.

²⁸MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p.81.

²⁹WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, n. 5, vol. IV, dezembro 1890, p. 214, apud CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006, p.80-81.

³⁰Na tradução do original: “The design of the Law must be to protect those persons with whose affairs the community has no legitimate concern, from being dragged into an undesirable and undesired publicity and to protect all persons, whatsoever, their position or station, from having matters which they may properly prefer to keep private, made public against their will. It is the unwarranted invasion of individual privacy which is reprehended, and to be, so far as possible, prevented”.

³¹Bruno Lewicki ao justificar a titulação de sua obra: “Este é outro motivo pelo qual o título não usa a palavra “trabalhador”: além de, como já visto, “pessoa humana” ser a expressão empregada pela Carta Constitucional, sua invocação poderia sugerir a existência de uma privacidade para o trabalhador ontologicamente diversa daquela que se reclama, com cada vez maior intensidade, para o consumidor ou para o cidadão – como se não se tratasse da mesma pessoa, vista sob diferentes ângulos ou em diferentes momentos de sua atuação na sociedade”. LEWICK, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p.25.

³²“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 en ámbito de una organización 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”. MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Editorial Tecnos. 1995. p. 185.

trabalhador, importa analisar o poder de direção do empregador, que será objeto de análise das situações de colisão de direitos, a seguir.

4 PODER DE DIREÇÃO

O poder de direção do empregador não encontra permissivo legal expresso, sendo extraído da interpretação do artigo 2º³³ da CLT, pois exerce o poder de direção aquele que “assumindo os riscos da atividade econômica”, “dirige a prestação pessoal do serviço”. A literatura jurídica estabelece que o poder diretivo do empregador³⁴ consiste na capacidade, oriunda do direito subjetivo que lhe assiste, ou então da capacidade de organização do empreendimento econômico que dirige, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades estabelecidas³⁵. Segundo Amauri Mascaro Nascimento³⁶, o poder diretivo desdobra-se em: poder de organização; poder de controle; e poder disciplinar.

Em síntese, o poder de organização diz com a distribuição de cargos e salários, o poder disciplinar com a imposição de advertências e penalidades, e o poder de controle, que será objeto de análise mais detida, com a faculdade de fiscalizar o desenvolvimento das atividades dos empregados.

O poder de controle sempre existiu. As mais primitivas oficinas artesanais contavam com a 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 a 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 rendimento³⁷.

³³Art. 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.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

³⁴Importante a ressalva de que não somente o empregador é titular do poder diretivo. Também são titulares os prepostos aos quais o empregador delega parte – ou o todo - desse poder, cuja intensidade varia de acordo com a natureza do emprego.

³⁵MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. Saraiva. 1982. p.94.

³⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 562.

³⁷LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar,

Já no período pós-industrial³⁸, 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. Essa seria, portanto, a modalidade de controle total, na qual se pretende ter sob o comando “o trabalhador perfeito”³⁹, 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 poderia 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.”⁴⁰

A partir das palavras de Bruno Lewicki, não é difícil supor os incontáveis conflitos decorrentes do exercício (abusivo ou não) do poder de direção do empregador, frente aos direitos da personalidade dos empregados. Vale dizer que o fundamento do poder de direção do empregador, é o direito de propriedade. Portanto, “tudo mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar.”⁴¹ Essa constatação vem a ser de aquilatada relevância quando analisadas as hipóteses de conflito com outros direitos, e aplicado o princípio da proporcionalidade em seus níveis de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE E PODER DE DIREÇÃO

Percorrido o caminho do direito ao trabalho e demais direitos sociais e sua eficácia, direitos da personalidade - em especial o direito à intimidade e à vida privada -, poder de direção e seus desdobramentos, importa analisar as hipóteses em que a coexistência dos direitos de empregados e empregador irão conflitar. As situações doravante nominadas não são únicas nem exclusivas, tampouco inovadoras,

2003. p. 20.

³⁸DEMASI, Domenico. O futuro do trabalho. p. 136.

³⁹LEWICKI, Bruno. op. cit. 21.

⁴⁰Ibidem. p.22.

⁴¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 563

mas refletem as principais e mais recorrentes dificuldades encontradas no plano da praxis jurídica.

5.1 Revista íntima

O artigo 373-A da CLT é um dos poucos a oferecer uma proteção tacanha à personalidade do empregado, em especial ao direito à intimidade. Dispõe que é vedado ao empregador ou 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.

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 humana⁴².

Em sede de casos concretos, a Segunda Turma do TST⁴³ não conheceu recurso onde 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 TST⁴⁴, condenou distribuidora farmacêutica à reparação pecuniária por exigir que os funcionários se despissem ou retirasse 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 destes casos. Não há qualquer raciocínio dogmático que pondere hipóteses de restrição do direito fundamental à intimidade e à vida privada, ou submeta à 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 personalidade⁴⁵. Vale dizer que qualquer renúncia⁴⁶ do empregado a seus direitos de personalidade é nula de pleno direito.

⁴²BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregador*. São Paulo: LTr, 1997. p. 73-74.

⁴³RR 1.395/2005-016-09-00.7.

⁴⁴Proc. nº 411/2004-058-15-85.5

⁴⁵BARROS, Alice Monteiro de op. cit. p. 74

⁴⁶Vale lembrar a dicção do art. 11 do Código Civil: "Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei,

5.2 Câmeras de Monitoramento

Ao abordar o poder de direção e as modalidades de controle, falou-se que as primeiras oficinas de trabalhos artesanais utilizavam-se da modalidade de controle pessoal. Um controle horizontal, que, posteriormente, mostrou-se insuficiente para atender os anseios dos empregadores, já que não era possível uma fiscalização do modo em que pretendia o empregador.

Com o surgimento das novas tecnologias, passou-se a utilizar o sistema do monitoramento por câmeras de vídeo, em locais de considerável periculosidade, principalmente por questões de segurança. Posteriormente, percebeu-se que a câmera poderia ser um instrumento de controle muito eficaz para fiscalização das atividades dos empregados no ambiente de trabalho. A problemática surge quando se questiona, novamente, os limites do uso desta tecnologia.

Em um primeiro plano, há de se defender a utilização das tecnologias de monitoramento, justamente nas hipóteses em que a fiscalização das atividades desenvolvidas pelo empregado, se confunda com sua própria segurança e integridade física ou psicológica. Existe quem defenda que o monitoramento por câmera, somente pode adentrar ao espaço físico que o fiscal, enquanto funcionário designado pelo empregador poderia ocupar exercendo a função de controle.

Ainda, existem espaços que mesmo no ambiente de trabalho, de propriedade do empregador, são privados, não podendo existir ingerência externa com finalidade de fiscalização através da captura de imagens. Sanitários, cantinas, espaços destinados ao repouso dos funcionários e vestiários não podem, igualmente, estarem sob a vigília incessante das pupilas tecnológicas.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ao julgar dissídio coletivo que restringiu o uso de câmeras de monitoramento em vestiários⁴⁷, concluiu que *“desde que não cause constrangimento ou intimidação, é legítimo o empregador utilizar-se de câmeras e outros meios de vigilância, não só para a proteção do patrimônio, mas, de forma auxiliar, visando à segurança dos empregados”*. Em face da dicção constitucional acerca da defesa do direito à intimidade e à vida privada: *“a instalação desses aparatos em vestiários certamente exporá a intimidade do empregado, devendo ser coibida, como objetiva a reivindicação”*.

Em verdade, a vigília incessante e incansável do ambiente de trabalho pelo empregador, como forma de controle total, é manifestamente incompatível com o paradigma de sociedade da informação e das novas tecnologias atual, onde a valorização do trabalho criativo em detrimento das atividades artesanais é cada vez maior. Basta conferir a leitura do italiano Domenico De Masi⁴⁸ sobre o assunto,

os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. No mesmo sentido: 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

⁴⁷RODC - 310100-61.2007.5.04.0000

⁴⁸DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*: entrevista a Maria Serena Palieri; tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

associando suas ideias ao ambiente de trabalho das grandes empresas da atualidade, dentre as quais podemos citar Google Groups⁴⁹, Network Appliance, Cisco Systems, Yahoo! e Microsoft. A ausência da fiscalização ostensiva é característica marcante nessas empresas, e não é forçoso supor que seja a receita para o sucesso e valorização de seus atributos intelectuais.

5.3 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 comum⁵⁰, sendo plenamente aplicável a inviolabilidade de correspondência também à forma eletrônica.

Mas a questão ainda possui outros desdobramentos. 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 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 do 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. Em síntese, é possível afirmar que o e-mail corresponde a uma correspondência fechada, pouco importando ser de uso pessoal ou corporativo, eis que é feito o uso de uma senha, pessoal e intransferível para acesso. A senha é a mais cristalina manifestação do direito à privacidade, pois através dela pretende-se excluir do conhecimento de outrem aquilo que não é desejável publicizar. Em contexto temporal diverso, embora ainda atual, vale conferir as lições de Pontes de Miranda:

[...] o direito ao sigilo da correspondência fechada, ainda quando não resulta de intimização (confidencialidade), existe como direito absoluto. O escrito, a carta,

⁴⁹Sobre o ambiente de trabalho da Google no Brasil, ver reportagem em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0YRprjIEpsU>>. Acesso em 19 abril. 2010.

⁵⁰O 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 que tipifica como crime o agir daquele que, sem o devido consentimento, se apodere de mensagens de correio eletrônico.

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 renunciável⁵¹.

A questão da irrenunciabilidade é outro ponto de destaque nessas situações. A jurisprudência, com amparo na abertura conferida pelo art. 8º da CLT, buscou fundamentos no direito inglês para legitimar a ingerência no e-mail corporativo do empregado, quando lhe for dada plena ciência acerca do monitoramento realizado, pois assim não poderia ostentar uma “razoável expectativa de privacidade”, em conformidade com o ideário do direito inglês.

Todavia, o argumento da forma como posto pela jurisprudência, possui dois equívocos. O primeiro é confundir direito comparado (art. 8º da CLT), com a transplantação de uma experiência do direito estrangeiro. Não é realizada nenhuma comparação com o ordenamento brasileiro, que veda expressamente a renúncia aos direitos da personalidade através do consentimento⁵². O segundo é um vício pernicioso contido no argumento. Ora, se basta dar ciência ao empregado para que se legitime a violação da privacidade, pois o sujeito não teria uma “expectativa de privacidade”, então bastaria um aviso inequívoco, através de políticas claras, nos sanitários das empresas para que se legitimasse a instalação de câmeras de monitoramento.

Com efeito, o direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo de correspondência, são normas que, além de estampadas na Constituição, encontram-se dispostas também em tratados internacionais. Nas relações de trabalho a regra mencionada, enquanto direito fundamental, possui aplicabilidade imediata⁵³. Exprime a garantia formal de que ninguém acessará o conteúdo das mensagens alheias, independentemente do conteúdo (material).

Sem contemplar a existência da tecnologia, como quis Bruno Lewicki⁵⁴, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁵ deu interpretação que, em face das conclusões desta

⁵¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970-1973, Tomo VII, p.129.

⁵²Vide art. 11, Código Civil.

⁵³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. Ed. Rev. Atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2011. p. 261.

⁵⁴LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116

⁵⁵O Recurso Especial nº 1.025.104, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, diz respeito à ação de compensação por danos morais movida pelo empregado em face do ex-empregador, haja vista a violação de correspondência destinada ao empregado, endereçada ao empregador. O conteúdo da correspondência, consistente no extrato da conta de seu fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS), foi utilizado pelo ex-empregador para instrução de defesa nos autos da reclamação trabalhista movida pelo então empregado. No entender do autor da ação, além da violação da correspondência, houve publicidade indevida do conteúdo, ofendendo seu direito à privacidade.

Em contestação, o ex-empregador sustentou que as informações contidas na correspondência não eram sigilosas, pois de domínio público, fornecidas pela Caixa Econômica Federal. Sustentou que a correspondência provavelmente teria sido violada por um de seus diversos funcionários.

Sobreveio sentença de improcedência em sede de primeiro grau, onde o julgador entendeu que inexistiu prejuízo de parte do então empregado, que justificasse a indenização pleiteada. Com apelo do autor, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu que a simples violação da correspondência com a posterior juntada à reclamação trabalhista, não tem o condão de, por si só, demonstrar o dano moral

pesquisa, julgamos mais próxima do ideal. No caso em comento, mesmo que o ex-empregador pudesse ter acesso ao conteúdo do extrato do FGTS do ex-empregado, a violação da correspondência foi considerada ato ilícito configurando, também, afronta à garantia constitucional do sigilo da correspondência e ofensa a direito da personalidade.

Portanto, as hipóteses de restrições ao exercício de direitos fundamentais, mesmo nas relações de trabalho, não podem fugir do crivo da proporcionalidade, ponderação e interpretação conforme a Constituição, sob as luzes do art. 8º da CLT e considerando toda a importância da disciplina dos direitos da personalidade desenvolvida e discutida pela doutrina civil-constitucional.

5.4 Possíveis critérios para restrição de direitos fundamentais do trabalhador

De toda problemática até então evidenciada, ao fim e ao cabo resta um conflito evidente: o direito de propriedade do empregador – enquanto fundamento do poder de direção – e direitos da personalidade do empregado, em especial intimidade e vida privada. Vale dizer que apesar da doutrina repisar serem absolutos estes direitos, é ponto pacífico que estão sujeitos a restrições tanto na esfera subjetiva quanto na objetiva.

Neste aspecto, “afirmam-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pelas Constituição⁵⁶.” A partir dessa constatação, utiliza-se do princípio da proporcionalidade como critério de controle da legitimidade de medidas restritivas de direitos fundamentais, que costuma ser desdobrado em três momentos: (i) adequação; (ii) necessidade; (iii) proporcionalidade em sentido estrito^{57,58}, aplicados ao caso concreto.

Na primeira fase de aplicação do princípio da proporcionalidade – que não se confunde com razoabilidade –, cumpre verificar se a medida adotada para restringir o direito fundamental à privacidade do empregado se mostra adequada para atingir o desiderato perseguido pelo empregador. À guisa de exemplificação concreta,

alegado.

Após interposição de Agravo de Instrumento, por intermédio do Tribunal de origem, foi dado seguimento ao Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, o qual delimitou a controvérsia para estabelecer se é devida a indenização por se violar correspondência destinada ao recorrente, então ex-empregado, consubstanciada pelo extrato da conta de seu fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS. O documento violado foi enviado à sede da recorrida, então ex-empregadora do recorrente, após o término do contrato de trabalho. Posteriormente, a recorrida promoveu a juntada do extrato indevidamente aberto nos autos de reclamação trabalhista na qual contendem as mesmas partes. Restou incontroverso que ocorreu a violação da correspondência do recorrente e que esse fato configura ato ilícito.

⁵⁶Ibidem. p. 393.

⁵⁷Ibidem. p. 397-398.

⁵⁸JIMÉNEZ, Carmen Algar. *El Derecho Laboral ante el reto de las Nuevas Tecnologías*. Grupo Difusión: Madrid. 2007. p. 45.

significa admitir como método adequado o monitoramento do correio eletrônico para controle da produtividade, pois atinge o objetivo perseguido pelo empregador: controlar a produtividade e períodos de ócio do empregado. Configurada a adequação do método utilizado para restrição do direito fundamental, passa-se à fase seguinte.

Cumpra, então, o juízo de necessidade. Nesse aspecto, adota-se a opção pelo meio restritivo menos gravoso, através do “exame da igualdade de adequação dos meios⁵⁹”, a fim de verificar se outros meios perseguem igualmente o fim, bem como se não existem meios alternativos que restringem em menor medida o direito fundamental objeto da restrição. Aqui se encontra a problemática da restrição do direito à intimidade e à vida privada no âmbito das relações de trabalho, que não subsiste a um juízo de necessidade.

Novamente em exemplificação concreta, no caso do monitoramento de e-mails, existem inúmeras outras modalidades de controle da produtividade que não importariam em violação do direito à privacidade, tais como o estabelecimento de metas de produção, ou mesmo o controle formal, sem que se realize o controle material (de conteúdo) dos e-mails. Diferente seria admitir que a casa da moeda não contasse com câmeras de monitoramento por obstar o exercício do direito fundamental à privacidade de seus funcionários, porque não existe outro instrumento à disposição do empregador que atinja o mesmo fim que a câmera.

Como última fase, persegue-se a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada razoabilidade ou justa medida. Isto é, a manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins perseguidos.

Longe do caso concreto, o juízo de necessidade parece ser o de mais difícil aplicação prática, pois

O que de fato ocorre, e a jurisprudência brasileira bem o atesta, é que em muitos casos, por não ser aplicada a análise trifásica exigida pela proporcionalidade, a ponderação ocorre essencialmente no plano da “mera” razoabilidade, o que justamente constitui prova evidente de que, a despeito do importante elo comum (razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito) não se trata de grandezas idênticas em toda sua extensão⁶⁰.

O certo é que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal adota essa precisão técnica ao tratar de limites e restrições de direitos fundamentais. A jurisprudência trabalhista, no mesmo sentido, acaba por construir decisões com argumentos retóricos e imprecisão técnica, desprovidos de critérios objetivos que possam nortear a construção de decisões conforme a Constituição.

⁵⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. Ed. Rev. Atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2011.

⁶⁰LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 401.

6 CONCLUSÃO

A problemática da eficácia do direito ao trabalho e demais direitos sociais frente às novas tecnologias ainda carecem de estudos mais aprofundados. Viu-se que os principais direitos sociais dos trabalhadores experimentam verdadeira mitigação para que as novas tecnologias possam se acomodar no ambiente de trabalho. Por isso, é latente a necessidade de uma releitura do direito ao trabalho à luz das novas tecnologias, colocando o trabalhador “a salvo” dessas novas modalidades de trabalho.

Acerca dos impactos das novas tecnologias, em especial às hipóteses de coexistência de direitos fundamentais de empregados e empregadores, viu-se que a jurisprudência está longe de encontrar critérios que apontem nortes objetivos de solução das questões reflexionadas. É possível identificar a ausência de precisão técnica e o abuso da retórica na argumentação das decisões, o que demonstra a importância, desde sempre, da dogmática séria e criteriosa da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ademais, a (re)leitura do direito à propriedade do empregador, deve ser feita de forma distinta, ou seja – a propriedade do empregador deve ser vista como estrutura à ordem econômica, que tem como finalidade a garantia de dignidade a todos os indivíduos⁶¹.

Também nessa trilha, os direitos à privacidade e intimidade, enquanto direitos da personalidade, encontram-se atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois é certo que há um mínimo inatingível de resguardo conferido ao indivíduo. Constatou-se que os direitos fundamentais possuem incidência e aplicabilidade imediata, mesmo nas relações de trabalho. Nesta perspectiva, a partir de uma hipotética ponderação e da compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito privado, entende-se que os direitos da personalidade do empregado possuem maior importância, ocasionando a relativização do poder diretivo e o direito de propriedade do empregador.

Ao final desta pesquisa, portanto, é possível concluir que o direito à privacidade do empregado constitui óbice intransponível, como regra, ao poder diretivo do empregador, somente sendo possível tolerar excepcionais restrições a partir da (correta) aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas fases. Interpretar de maneira diversa significa conceber a mais cristalina manifestação de desinteresse pelo direito à privacidade e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, pois “o caminho que faz do homem uma barata não tem volta⁶²”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre o Desenvolvimento*

⁶¹GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 197

⁶²LEWICKI, Bruno. op. cit. p. 225.

- dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações de Trabalho*. In: Direitos fundamentais e justiça. Porto Alegre, v.3. n. 6, 2009.
- BARBOSA, Alexandre. *Cuidado, a internet está viva!*: os incríveis cenários para o futuro desse fenômeno. 1 ed. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregador*. São Paulo: LTr, 1997.
- BENDA, ERNST. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Wener; VOGEL, Hans-Joehen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual del derecho constitucional*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada*: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- 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.
- DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*: entrevista a Maria Serena Palieri: tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- 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. 01, out. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/douglas_gonzales.htm Acesso em: 17 jun. 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- JIMÉNEZ, Carmen Algar. *El Derecho Laboral ante el reto de las Nuevas Tecnologías*. Grupo Difusión: Madrid. 2007.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1998.
- LEWICK, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. Saraiva. 1982.
- MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuracion constitucional del derecho a la intimidad*. Editorial Tecnos. 1995.
- MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine.

São Paulo: Escala.

MUNARO, Franciel. *A dignidade da Pessoa Humana e Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. nº 1. 2010.

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

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

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.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*, in Harvard Law Review, 1890.