



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE (UFS)
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉA GALVÃO ROCHA DETONI

O DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES NA ERA DA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO

São Cristóvão (SE)

2017

ANDRÉA GALVÃO ROCHA DETONI

O DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES NA ERA DA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO

Dissertação como requisito para a obtenção do Título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe; área de concentração: Constitucionalização do Direito; linha de pesquisa: Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientador: Professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva.

São Cristóvão (SE)

2017

ANDRÉA GALVÃO ROCHA DETONI

O DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES NA ERA DA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO

Defesa da Dissertação de Mestrado, orientada pelo Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva, apresentada à banca examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, em 22 de junho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva
Universidade Federal de Sergipe (UFS)

1ª Examinadora: Profª. Drª. Luciana Aboim M. Gonçalves da Silva
Universidade Federal de Sergipe (UFS)

2º Examinador: Paulo Roberto Barbosa Ramos
Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Aos meus pais, por serem meu porto seguro. Esta conquista é dedicada a vocês.

AGRADECIMENTOS

Nenhum trabalho é feito isoladamente. Posso dizer que várias foram as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração desta dissertação.

Então, é preciso agradecer e são muitos os agradecimentos.

Primeiramente, a Deus, pois sem ele, nada seria possível, nada teria sentido.

Aos meus pais, Ancelmo e Mércia, pelo amor incondicional e por estarem presentes em todo o meu caminhar, dando-me integral apoio, incentivo e carinho. Amo-os imensamente.

Ao meu amado marido e companheiro de vida, Pablo, por cultivar amor, paciência e compreensão durante a realização do meu mestrado.

À minha filha Isabella, por ser a alegria da minha vida, a razão do meu viver.

A toda a minha família, pelo suporte afetivo de sempre, em especial à minha avó Thelma, ao meu irmão Anselmo Júnior e ao meu afilhado Gustavo.

Ao Professor e Orientador Lucas Gonçalves da Silva, pelo estímulo, ajuda, e, principalmente, pela confiança, paciência e amizade.

À Professora e amiga Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, pelas valiosas contribuições durante todo o meu mestrado, principalmente durante o meu Estágio em Docência, quando descobri os encantos e os desafios do magistério.

Aos Professores do PRODIR, pelas valiosas lições acadêmicas que ficarão para sempre guardadas.

À minha querida amiga e irmã de coração Cristiana Maria Santana Nascimento, pela cumplicidade e pelo constante estímulo. Saiba que a sua amizade foi um doce e verdadeiro presente que o mestrado me deu e que a levarei sempre comigo.

Aos queridos colegas e aos amigos que fiz no mestrado, por partilharem ideias, discussões acadêmicas, ou não, e por dividirem comigo tanto os momentos bons quanto os de dificuldades. A ajuda de vocês foi essencial nesta trajetória.

Aos meus amigos, de sempre, pela compreensão diante das minhas ausências, pelo apoio nos momentos difíceis e pela alegria de comemorarem junto comigo as minhas vitórias.

Enfim, agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, auxiliaram-me a cumprir esta missão acadêmica.

“O empregado não despe o paletó de cidadão na porta da fábrica para vestir o macacão de operário”.

Oscar Ermida Uriarte

O DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES NA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

RESUMO

Através de uma concepção histórica, principalmente a partir das últimas décadas do século passado, constata-se que a sociedade global vem atravessando consideráveis mudanças na era da globalização tecnológica e da informação. Essas transformações, indubitavelmente, repercutem nas relações laborais contemporâneas e nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Nessa perspectiva, a presente dissertação tem como escopo analisar o direito à privacidade dos trabalhadores diante da Sociedade da Informação. Para isso, a pesquisa faz uma análise crítica do direito à privacidade dos trabalhadores em diversas nuances: na seara da investigação de dados pessoais dos trabalhadores durante o processo seletivo; no tocante à censura e à repressão do empregador em relação ao conteúdo publicado pelo empregado; no que tange ao poder de vigilância e controle dos trabalhadores; em relação ao monitoramento de e-mail corporativo; e no campo da revista íntima, de objetos e eletrônica. No transcorrer deste trabalho, as abordagens são analisadas em cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST). A metodologia utilizada foi predominantemente a dedutiva, lastreada na revisão bibliográfica e na análise de dispositivos legais e constitucionais, tomando como pano de fundo a jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Direito à privacidade dos trabalhadores. Direito à informação. Colisão. Sociedade da Informação.

EL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LOS TRABAJADORES EN LA ERA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

RESUMEN

A través de una concepción histórica, principalmente a partir de las últimas décadas del siglo pasado, se constata que la sociedad global viene atravesando considerables cambios en la era de la globalización tecnológica y de la información. Estas transformaciones repercuten indudablemente en las relaciones laborales contemporáneas y en los derechos fundamentales de los trabajadores. En esta perspectiva, la presente disertación tiene como objetivo analizar el derecho a la privacidad de los trabajadores ante la Sociedad de la Información. Para ello, la investigación hace un análisis crítico del derecho a la privacidad de los trabajadores en diversos matices: en el campo de la investigación de datos personales de los trabajadores durante el proceso selectivo; en lo que se refiere a la censura y represión del empleador en relación con el contenido publicado por el empleado; en relación con el poder de vigilancia y control de los trabajadores; en lo que se refiere al control del correo electrónico corporativo; y en relación a la revista íntima, de objetos y electrónica. En el transcurso de este trabajo, los enfoques se analizan en cotejo con la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo (TST). La metodología utilizada fue predominantemente la deductiva, con fulcro en la revisión bibliográfica y en el análisis de dispositivos legales y constitucionales, tomando como base la jurisprudencia nacional.

PALABRAS-CLAVE: Derecho a la privacidad de los trabajadores. Derecho a la información. Colisión. Sociedad de la información.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
COORDIGUALDADE	Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho
CT	Código do Trabalho
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DOU	Diário Oficial da União
ERR	Embargos em Recurso de Revista
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
LAI	Lei de Acesso à Informação
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
WWW	World Wide Web

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR	14
2.1	Sociedade da informação	14
2.1.1	Sociedade da informação e relações de trabalho.....	18
2.2	Direitos humanos do trabalhador	19
2.2.1	A OIT e a proteção à privacidade do trabalhador.....	23
2.2.2	Direitos à privacidade e à intimidade nos tratados internacionais.....	26
2.3	Constitucionalização do Direito	29
2.3.1	Constitucionalização do Direito no Brasil e seus reflexos no Direito do Trabalho..	29
2.3.2	A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.....	37
3	DIREITO À INFORMAÇÃO DO EMPREGADOR X DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR	47
3.1	Direito à informação	47
3.1.1	Evolução constitucional do direito à informação no Brasil.....	47
3.1.2	Estado Democrático de Direito e direito constitucional de informação.....	49
3.1.3	Direito de informação na internet.....	52
3.1.4	Direito de informação do empregador.....	53
3.2	Direito à privacidade	56
3.2.1	Diferenças semânticas entre os termos intimidade e vida privada.....	56
3.2.2	Direito à privacidade do trabalhador.....	61
3.3	Direito à informação do empregador versus direito à privacidade do trabalhador: uma análise da aplicação da máxima da proporcionalidade	63
4	DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES NA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	70
4.1	A investigação de dados pessoais durante o processo seletivo e a repressão do empregador em relação ao conteúdo publicado pelo empregado	70
4.2	Poder de vigilância e o controle dos trabalhadores	89
4.3	Monitoramento de e-mail corporativo e navegação na internet	97
4.4	Revista íntima, de objetos e eletrônica	108

5	CONCLUSÃO.....	114
	REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

Através de uma perspectiva histórica, principalmente a partir das últimas décadas do século XX, observa-se que a sociedade global vem passando por significativas mudanças na era da globalização tecnológica e da informação. No atual contexto, o processamento e a divulgação de dados pessoais são feitos com extrema agilidade.

Esse novo paradigma, associado ao fato de o homem se constituir um ser social por excelência, maximiza as repercussões da difusão de informação. Na atualidade, as redes sociais *on-line*, tais como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, utilizam a internet para estabelecer uma comunicação rápida entre os seus membros. Do mesmo modo ocorre com os aplicativos e serviços utilizados em smartphones e tablets que têm a finalidade de promover uma conversação instantânea entre as pessoas, como, por exemplo, *WhatsApp* e *Telegram*.

Os programas operadores de busca, como o *Google*, e os e-mails também têm um papel importante na contemporaneidade. Através da internet, eles funcionam como um rápido mecanismo de interlocução entre os seus usuários, fazendo com que as informações sejam compartilhadas em uma velocidade vertiginosa. Hodiernamente, as fronteiras e as distâncias geográficas não são mais barreiras para a propagação da informação.

Outra característica da sociedade atual é o uso de equipamentos tecnológicos cada vez mais modernos e sofisticados, como circuitos de câmeras, mecanismos de escutas, detectores de metais, entre outros. A justificativa para o emprego desses aparelhos está geralmente atrelada à necessidade de promover segurança no meio ambiente onde eles estão instalados.

A despeito das facilidades que esses mecanismos de comunicação e aparelhos tecnológicos proporcionam, verifica-se a existência de inúmeros aspectos negativos. A excessiva exposição ao mundo virtual, a facilidade de criação de perfis simulados, a divulgação de informações pessoais sem a autorização dos seus titulares e a invasão à privacidade das pessoas são apenas alguns exemplos.

O reflexo disso é vislumbrado na palavra escolhida pelo Dicionário Oxford para representar o cenário internacional de 2016: *post-truth*, "pós-verdade", que adjetiva a disseminação de informações que formam a opinião pública devido a sua ampla divulgação, mas que não correspondem necessariamente à realidade dos fatos.

Nesse panorama, constata-se que os avanços tecnológicos no sistema de comunicação da era da informação refletem em diversos aspectos da vida social, repercutindo, inclusive, nas relações trabalhistas. As empresas, visando dinamizar as suas atividades e melhorar a

produtividade, passaram a buscar e a manter nos seus quadros empregados que se encaixem no seu perfil empresarial, bem como a investir em ferramentas tecnológicas para controlar os seus empregados.

Nesse contexto, a presente pesquisa científica foi orientada pelo seguinte problema: pode o empregador invadir a privacidade dos trabalhadores na era da sociedade da informação, com fulcro no seu direito de informação e amplo poder de direção empresarial, ou, a contrário senso, o direito à privacidade dos trabalhadores deve sempre prevalecer e, conseqüentemente, o empregador deve se abster de usar novos mecanismos tecnológicos que possam colidir com os aludidos direitos dos trabalhadores?

Com base nesse questionamento, chegou-se à seguinte hipótese de investigação: tanto o direito à privacidade dos trabalhadores quanto o direito de informação dos empregadores, por se tratarem de direitos fundamentais, podem sofrer restrições quando estiverem em aparente rota de colisão. Nessas situações, faz-se necessário achar soluções para os casos concretos baseadas em critérios hermenêuticos, como a máxima da proporcionalidade, com o fito de garantir o mínimo de restrição possível de um direito fundamental em prejuízo de outro, respeitando-se sempre o núcleo substancial de cada um.

Nessa toada, os objetivos específicos desta pesquisa são estudar e explorar a temática do direito à privacidade dos trabalhadores na era digital, em contraponto com o direito à informação do empregador em diversas situações, sempre através de uma análise crítica sobre o assunto.

Por conseguinte, este estudo científico apresenta, não só importância teórica, como também prática e social, já que a temática aqui discutida é vislumbrada diuturnamente nas relações laborais e os tribunais nacionais e estrangeiros têm se debruçado sobre a matéria.

O método dedutivo foi predominantemente utilizado nesta dissertação, especialmente através da pesquisa bibliográfica de obras, artigos, periódicos e teses. A internet foi usada como ferramenta auxiliar, tendo em vista que a presente investigação analisou publicações disponíveis na rede mundial de computadores. Ademais, o estudo da jurisprudência dos tribunais a respeito das questões aqui discutidas também serviu de base para as considerações feitas ao longo desta pesquisa.

Esta dissertação encontra-se dividida em cinco capítulos. No primeiro, faz-se a introdução, já no segundo, aborda-se a Sociedade da Informação e os Direitos Humanos do Trabalhador. No segundo capítulo, tecem-se também considerações gerais sobre a Sociedade da Informação e as relações de trabalho, bem como se examina a temática dos direitos

humanos do trabalhador, abordando a Organização Internacional do Trabalho e a proteção à privacidade dos trabalhadores nos tratados e nas convenções internacionais. Em continuação, analisa-se a Constitucionalização do Direito com ênfase no âmbito trabalhista, assim como a atuação do intérprete na Concretização da Lei Maior e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais.

O terceiro capítulo discorre sobre o direito à informação do empregador e o direito à privacidade do trabalhador. Inicialmente, aborda-se a evolução constitucional do direito à informação no Brasil e a relação entre tal direito e o Estado Democrático de Direito, bem como a sua vinculação no ambiente digital, dispendo sobre o direito à informação do empregador. Posteriormente, passa-se a tratar do direito à privacidade, trazendo a diferença semântica entre os termos intimidade e vida privada e explorando o direito à privacidade dos trabalhadores. Sucessivamente, examina-se o direito à informação do empregador em cotejo com o direito à privacidade do trabalhador, através da análise da proporcionalidade na sua tríplice dimensão.

Em seguida, no quarto capítulo, faz-se uma avaliação crítica do direito à privacidade dos trabalhadores em diversas nuances: no campo da investigação de dados pessoais dos trabalhadores durante o processo seletivo; no que tange à censura e à repressão do empregador em relação ao conteúdo publicado pelo empregado; na seara do poder de vigilância e controle dos trabalhadores; no tocante ao monitoramento do e-mail corporativo; e em relação à revista íntima, de objetos e eletrônica. Por fim, no quinto e último capítulo, encerra-se o trabalho com as conclusões obtidas com a elaboração desta dissertação.

A presente investigação científica foi iniciada e amadurecida sob orientação e supervisão do Professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, no decorrer do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, na área de concentração Constitucionalização do Direito, dentro da linha de pesquisa 1, qual seja: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR

2.1 Sociedade da informação

Desde a década de 1940, a humanidade tem se deparado com a revolução tecnológica. Não há perspectiva de que essa revolução acabe, pelo contrário, a cada dia ela traz mais transformações para a sociedade de maneira contínua e em um ritmo vertiginoso. Esse contexto faz com que o Direito, que tem como fundamento o homem, esteja sempre em evolução, sob pena de não acompanhar a nova sociedade da informação (WEINSCHENKER, 2013, p. 13).

Nas palavras de Jorge Werthein, a terminologia “sociedade da informação” passou a ser usada no final do século XX como expressão substituta para “sociedade pós-industrial” e como mecanismo apto a transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”, advindo dos avanços tecnológicos da microeletrônica e telecomunicações (WERTHEIN, 2000, p. 70).

Conforme a concepção de Tatiana Malta Vieira, sociedade da informação representa “uma nova forma de organização social¹, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para a coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações” (VIEIRA, 2007, p. 176).

Para Georgenor de Sousa Franco Filho, a sociedade vive a era do “gatismo”, em referência a Bill Gates, da Microsoft. Essa era seria o resultado do uso da cibernética, da substituição da máquina humana pela máquina computador e do crescente número de grandes empresas transnacionais, nas quais se automatiza praticamente o ato de viver (FRANCO FILHO, 2016, p. 24).

Segundo o sociólogo espanhol Manuel Castells, o novo paradigma é o da “tecnologia da informação”. Este hodierno modelo exprime o sentido da atual transformação tecnológica em suas relações com a economia e a coletividade, tendo como características essenciais o uso da informação como matéria-prima, o predomínio da lógica das redes, a alta penetrabilidade das informações, a flexibilidade e a crescente convergência de tecnologias (CASTELLS, 2003, p. 108-109).

¹ A autora afirma que, não obstante o modo de produção capitalista continue regendo as relações travadas no mundo globalizado, existe um novo paradigma, já que a informação em si mesma passou a assumir um papel de destaque na geração de riquezas (VIEIRA, 2007, p. 176-177).

Na era da sociedade da informação, os programas operacionais de busca, como o *Google*, e as redes sociais *on-line*, a exemplo do *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *LinkedIn* e *Myspace* ganham cada vez mais espaço, já que utilizam a internet para alcançar um número cada vez maior de pessoas e estabelecer uma comunicação praticamente imediata entre os seus usuários e membros.

Além dos operadores de busca e das redes sociais *on-line*, os aplicativos celulares e os e-mails são outros mecanismos de comunicação virtual que utilizam a internet como veículo para transportar informações de maneira veloz e eficiente. Tais mecanismos possuem também aspectos negativos, a despeito das inúmeras facilidades que eles proporcionam.

Explica Paesani que os computadores possibilitam uma transformação qualitativa na coleta e divulgação de informação. Através da tecnologia, surgiram inúmeras ferramentas sofisticadas de difusão de dados, possibilitando, até à longa distância, a penetração na intimidade da pessoa (PAESANI, 2014, p. 37).

Faz-se pertinente transcrever as ponderações feitas por Eduardo C. B. Bittar acerca do tema, *in verbis*:

Os avanços da tecnologia são surpreendentes, e são capazes de criar um novo universo de relações, especialmente as consideradas a partir do referencial da sociedade digital ou da informação. Acentuadamente, cada dia mais, a pessoa humana se encontra na dependência dos meios de eletrônicos, onde o trânsito de suas informações pessoais (autorizadas e não autorizadas) a expõe em constante risco (BITTAR, E., 2015, p. 279).

Nesse cenário, as pessoas estão extremamente expostas ao mundo virtual. As câmeras de circuitos fechados de imagens capturam diuturnamente imagens de pessoas em estabelecimentos fechados ou abertos, sob o fundamento de que irão garantir a segurança dos indivíduos.

Além disso, há, ainda, a possibilidade de invasão de sistemas de computação por *hackers* e a divulgação de informações pessoais sem a autorização dos seus titulares.

Nessa linha de ideias, impende trazer as considerações de Alessandra Gomes Faria sobre o tema:

É mais do que comum encontrarmos, tanto em estabelecimentos fechados (escolas, shoppings, supermercados etc.) como em áreas abertas (ruas, praças, entre outros) câmeras que fazem parte de um circuito fechado de filmagens, cujo objetivo primordial é garantir a segurança, seja oferecendo a oportunidade de impedir algum delito ou captando a imagem de criminosos

para a persecução criminal. Contudo, tais mecanismos podem violar um dos direitos humanos: o direito à vida privada (FARIA, 2013, p. 311).

Nesse panorama, é preciso frisar que eventuais violações à intimidade e à vida privada das pessoas, perpetradas no seio da internet, podem repercutir em escala mundial.

Acerca do tema, faz-se preciso trazer a lume as considerações feitas por Carlos Alberto Bittar:

De outra parte, vem a tecnologia, com a inserção de mecanismos cada vez mais sofisticados de fixação e de difusão de sons escritos e imagens – inclusive via satélite – contribuindo para um estreitamento crescente do circuito privado, na medida em que possibilita, até a longa distância, a penetração na intimidade da pessoa e do lar (teleobjetivas; gravações magnetofônicas; computadores; aparatos a *laser*; dispositivos miniaturizados de fotografia e de gravação, entre outros) (BITTAR, C., 2015, p. 178).

Não obstante esse novo paradigma traga repercussões em toda a sociedade, o tema ainda não foi devidamente explorado, inclusive na seara jurídica. Nesse sentido, faz-se necessário trazer à baila as palavras de Liliana Minardi Paesani:

A velocidade ímpar dessa nova tecnologia não permitiu a absorção da informática em todos os segmentos da sociedade. O Direito é sempre conservador comparado com a dinâmica da Internet, cuja capacidade de fatos novos quase que impossibilita o legislador de acompanhar seus passos. Mesmo sendo conservador, o Direito não pode ser omissivo e deve procurar fazer justiça, superando-se e adaptando-se à natureza livre da internet, numa tentativa de preservar os direitos dos cidadãos, sua privacidade e integridade, responsabilizando os infratores, mesmo que virtuais (PAESANI, 2014, p. 2).

O desenvolvimento de novos meios de comunicação costuma trazer temores para a sociedade, que passa a clamar pela regulamentação específica do novo mecanismo de interação social, restringindo o seu exercício. Nesse sentido são as lições de Joaquín Urías sobre o tema:

La experiencia histórica nos demuestra que la llegada de cada nuevo medio de comunicación –ya sea el teléfono, la radio, la televisión o internet– despierta siempre temores en la sociedad. Casi siempre los temores se traducen en veces que piden una regulación específica para el medio en cuestión, limitando el contenido de las libertades de la comunicación cuando se ejerzan por esse medio. Pero la historia también demuestra que ese miedo a la libertad tiende a difuminarse a medida que el uso del nuevo medio se generaliza (URIAS, 2014, p. 75).

Com os meios de comunicação surgidos através da tecnologia da informação não é diferente. Além de propiciar maior agilidade, diminuição dos custos e maior capacidade de armazenamento de dados, a internet possibilitou uma explosão de transmissão de informações.

Diante disso, os enormes desafios desta sociedade da informação reproduzem tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

No tocante à esfera pública, tanto a transparência, quanto a publicidade, implicam deveres de prestações informacionais por parte do Estado, constituindo direitos subjetivos do cidadão. Os indivíduos têm o direito de acessar tempestivamente e de modo facilitado às informações retidas pelo poder público em todos os setores da atividade (SARLET; MARTOS; RUARO, 2016, p. 7).

Foi nesse contexto que as questões envolvendo a sociedade da informação e os seus direitos correlatos ganharam maior ressonância ante a edição de dois diplomas legislativos, quais sejam: a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação (LAI)) e a Lei nº 12.528/2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. A chegada das mencionadas leis trouxe inovações e provocações que estão sendo objeto de discussões na área jurídica.

Acrescente-se, ainda, que a lei 12.965/2014², popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, foi incluída recentemente no ordenamento jurídico pátrio. A referida lei é reflexo das exigências sociais da sociedade moderna, regulando o uso da internet no Brasil, através do estabelecimento de princípios, garantias, direitos e deveres para os seus usuários. O diploma dispõe expressamente que a privacidade e os dados pessoais são princípios que devem ser protegidos no uso da internet no Brasil (artigo 3º, incisos II e III), além de assegurar aos usuários a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a sua proteção, sob pena de indenização pelos danos morais e materiais decorrentes de sua violação (artigo 7º, inciso I).

Nas lições de Paesani, o Marco Civil da Internet representou um grande experimento de participação social e uma conquista do país a caminho da inclusão digital. Para a autora, o diploma normativo em questão pecou por dar demasiada evidência ao conceito de neutralidade

² Não obstante o artigo 3º da lei 12.965/2014 trate sobre o uso da Internet no Brasil e assegure expressamente a proteção dos princípios de garantia da liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento, nos termos da Constituição, e de proteção da privacidade e da proteção dos dados pessoais, na forma da lei, ela tem como escopo regular as relações entre provedores e usuários da Internet. Apesar disso, nas hipóteses em que houver a violação das informações guardadas pelo servidor e tal invasão tenha ocorrido em decorrência da ingerência do empregador, a questão poderá ser resolvida, em tese, na Justiça Laboral com a aplicação da citada lei.

de rede, não tratando da privacidade e da liberdade de expressão com a profundidade exigida por tais direitos (PAESANI, 2014).

Dentro dessa ideia, a privacidade é constantemente ameaçada na atualidade, sobretudo pelos tratamentos automatizados dos dados pessoais e da expansão das redes sociais. A sociedade da informação é uma sociedade vigilante e vigiada (CORREIA; JESUS, 2013, p. 136).

Conclui-se, assim, que os avanços tecnológicos no sistema de comunicação refletem em todos os aspectos da vida social, interferindo, inclusive, nas relações laborais em diversos aspectos, como, por exemplo, o direito à privacidade do trabalhador.

2.1.1 Sociedade da informação e relações de trabalho

Com o advento de novas tecnologias e a chegada da era da sociedade da informação, mudanças significativas foram introduzidas nos diversos tipos de relações, inclusive nas relações entre Estados, ficando sedimentada a ideia de um mundo globalizado. Nesse panorama de mudanças nas relações interpessoais, as relações de trabalho merecem uma atenção especial (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 85).

Para Laert Mantovani Júnior, “a internet foi sem dúvida a grande propulsora dessas mudanças. As empresas passaram a utilizar-se dessa ferramenta, como forma eficiente de realizar e dinamizar suas atividades” (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 85).

De acordo com a doutrina de Alice Monteiro de Barros, o desenvolvimento da informática, além de proporcionar maior agilidade, diminuição dos custos e maior capacidade de armazenamento de dados, possibilitou uma explosão de informações, que reforçam o controle do empregador sobre o empregado, num cenário de concorrência acirrada (BARROS, 2016, p. 397).

Nesse diapasão, torna-se mais difícil contrabalancear os interesses empresariais e os direitos dos obreiros em um mercado interconectado e de competição acirrada. Entretanto, é preciso sempre proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores. A análise feita por Mariana Santoro Franco Weinschenker corrobora esse entendimento, consoante se depreende da seguinte passagem, *in verbis*:

É bem verdade que parece cada dia mais difícil equilibrar o binômio Economia-Direito do Trabalho, pois um de seus desafios principais permanece: de um lado, a necessidade de garantir a sobrevivência das

unidades produtivas no mundo globalizado e mais competitivo, e, de outro, manter a observância dos direitos e garantias do empregado sem olvidar valores supremos como a dignidade humana e o valor social do trabalho. Esse desafio é constante para aqueles que lidam com o Direito do Trabalho (WEINSCHENKER, 2013, p. 14).

Nesse contexto, um dos desafios das relações de trabalho da contemporaneidade é a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. As vinculações existentes entre a vida privada e as relações de trabalho são inúmeras, devendo o empregador assegurar o segredo e as liberdades que dizem respeito à privacidade dos empregados (BARROS, 2016, p. 397).

Ricardo de Paula Alves, seguindo os ensinamentos de Alain Supiot, assevera que a própria relação de subordinação inerente aos contratos de trabalho sofreu influxo advindo dos avanços tecnológicos e do teletrabalho na sociedade da informação. Assim, torna-se profundamente difícil diferenciar as faces do poder empregatício e, conseqüentemente, separar as áreas de liberdade do empregado e as áreas de subordinação (ALVES, 2005, p. 374).

Em suma, não pairam dúvidas de que a sociedade da informação tem nítida influência no âmbito do Direito do Trabalho. Assim, faz-se necessário trazer à baila os direitos humanos do trabalhador que são a própria razão de ser do Direito do Trabalho.

2.2 Direitos humanos do trabalhador

Antes de adentrar na análise dos direitos humanos do trabalhador, convém trazer à baila a diferença de conteúdo existente entre direitos humanos e direitos fundamentais, não obstante os termos sejam utilizados frequentemente como sinônimos.

Primeiramente, é preciso dizer que inexistente consenso no âmbito doutrinário acerca do conteúdo de cada um desses conceitos e que há diversas teorias e explicações para diferenciá-los. Ambos estão intrinsecamente vinculados à dignidade da pessoa humana e aos valores liberdade e igualdade (NUNES, 2011, p. 40).

Nesse estudo, passa-se a adotar a teoria que define que os direitos fundamentais se aplicam aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo para determinado Estado, ao passo em que a expressão direitos humanos estaria atrelada aos direitos do ser humano que são reconhecidos em documentos de direito internacional³. É preciso ressaltar, entretanto, que o texto constitucional e a doutrina

³ Ingo Wolfgang Sarlet traça uma distinção didática entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Para o mencionado autor, a primeira expressão “direitos do homem” corresponde aos

utilizam muitas vezes os termos “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos fundamentais” e “direitos da personalidade” indistintamente como sinônimos (NUNES, 2011, p. 39).

Saliente-se que, não obstante haja diferença no tocante ao significado das terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, os aludidos direitos possuem intrínseca relação, tendo em vista que há nítida aproximação entre os seus conteúdos. Nessa esteira, impende trazer os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*:

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais - está acontecendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional (SARLET, 2012, p. 32-33).

Acerca da conexão existente entre as locuções direitos humanos e direitos fundamentais, pode-se concluir que os direitos fundamentais também são direitos humanos, pois o titular do direito é um ser humano, ainda que representado por entes coletivos, como, por exemplo, Estados, povos ou nações. Em contrapartida, nem todos os direitos humanos são caracterizados como direitos fundamentais, haja vista que aqueles estão positivados na seara internacional, sendo atribuído a qualquer pessoa, ultrapassando, assim, o âmbito estatal interno que estes estão vinculados (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 23).

Segundo a doutrina de Paulo Roberto Barbosa Ramos e Bruno Denis Vale Castro, a preocupação com a proteção dos direitos humanos se tornou um dos mais importantes assuntos da agenda internacional contemporânea do Brasil (RAMOS; CASTRO, 2015, p. 2), consoante se depreende da seguinte passagem:

direitos naturais ainda não positivados. Já a locução “direitos humanos” representa os direitos do ser humano positivados na esfera do direito internacional. Por fim, a terminologia “direitos fundamentais” guardaria relação com os direitos reconhecidos e protegidos pelo Direito Constitucional Interno de cada Estado (SARLET, 2012, p. 30). Sarlet traz a lume outras diferenciações trazidas pela doutrina como, por exemplo: 1) direitos do homem e direitos humanos são todos os direitos intrínsecos à essência humana, positivados, ou não, ao passo que os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados em tratados internacionais ou em constituições; 2) os direitos humanos estão atrelados a uma ideia ampla e ao mesmo tempo imprecisa, já os direitos fundamentais, por sua vez, possuem um conteúdo marcado pela precisão, pois são delimitados na seara temporal e espacial pelo Estado de Direito em seu ordenamento jurídico; 3) direitos humanos reportam-se ao ser humano enquanto tal pelo fato de ser uma pessoa humana e os direitos fundamentais vinculam-se às pessoas que fazem parte de um ente público concreto atrelado ao Estado que positivou a Constituição.

La cuestión de los derechos humanos se ha consolidado dentro de las temáticas más relevantes de la agenda internacional del Brasil contemporáneo. En el Estado brasileño la prevalencia de los derechos humanos es un principio de derecho internacional, consciente de que se trata de una preocupación de máximo interés para la comunidad internacional, lo que explica que se ha tomada por la Constitución de 1988 como una cuestión global. Por ello, a lo largo de su proceso de democratización, Brasil pasó adherirse a los más importantes instrumentos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos, aceptando expresamente la legitimidad de las preocupaciones internacionales y disponiéndose al diálogo con las instancias internacionales sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas (RAMOS; CASTRO, 2015, p. 2).

No tocante aos direitos humanos do trabalhador, propriamente ditos, pode-se dizer que são os direitos humanos daqueles que prestam serviços a outrem. Busca-se, assim, proteger os direitos humanos daqueles que, além de não perderem a sua condição de cidadãos pelo fato de estarem inseridos no mercado de trabalho, necessitam de uma maior proteção por se encontrarem, em regra, na condição de hipossuficientes.

De acordo com os ensinamentos de Luciene Cardoso, “conceitua-se direitos humanos dos trabalhadores, como os fundados na dignidade da pessoa humana que trabalha, nas suas dimensões jurídica, econômica e política” (CARDOSO, 2005, p. 66).

A proteção dos trabalhadores requerida no contrato de trabalho se volta em verdade para o indivíduo em sua dupla consideração, quais sejam: seu *status* de ser humano, analisando a sua condição de cidadão, e seu *status* de trabalhador, através do seu direito fundamental social de trabalho (FERREIRA, 2013, p. 43). Afinal, “a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis” (BARROS, 2009, p. 39).

Aprofundando o tema dos direitos humanos do trabalhador, impende trazer a doutrina de Oscar Ermida Uriarte. Para o jurista uruguaio, o trabalhador tem duas classes de direitos humanos: “os direitos trabalhistas específicos, os que todos conhecemos e com os quais trabalhamos, e os demais direitos do cidadão, inespecíficos, não específicos do trabalhador, mas ele conserva, como cidadão, na relação de trabalho” (URIARTE, 2011, p. 136).

Explicita o autor uruguaio que os direitos humanos que só podem ser exercidos por um trabalhador são considerados direitos trabalhistas específicos, tais como direito à liberdade

sindical, direito às férias e a proteção ao salário⁴. Já os direitos humanos trabalhistas inespecíficos seriam aqueles que o trabalhador tem pelo fato de ser um cidadão e não perder esses direitos pela circunstância de estar inserido em uma relação de trabalho subordinado (URIARTE, 2011, p. 136).

Nesse contexto, o Direito do Trabalho representa um instrumento jurídico de promoção da dignidade humana na medida em que busca salvaguardar a inclusão regulada do trabalhador no mercado de trabalho, protegendo, ao mesmo tempo, a sua identidade individual e sua emancipação coletiva (DELGADO; RIBEIRO, 2014, p. 63).

Nas palavras de Gabriela Neves Delgado e Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro “O Direito do Trabalho é, portanto, uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social” (DELGADO; RIBEIRO, 2014, p. 64).

Para alcançar essa dimensão ética, através da promoção dos direitos trabalhistas e da busca da justiça social, os operadores do direito deveriam, primeiramente, se adaptar a utilizar todas as normas jurídicas (URIARTE, 2011, p. 134).

É nesse condão que, além das normas usualmente aplicadas tais como leis, decretos, portarias, os juristas precisam se valer dos preceitos indicados na Constituição e nas normas internacionais. Em verdade, tudo são normas jurídicas e formam parte do instrumental que está ao alcance do intérprete (URIARTE, 2011, p. 134). Ressalte-se, ainda, que os mencionados preceitos constitucionais e as normas internacionais são mecanismos de extrema importância para a promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Nessa toada, os direitos sociotrabalhistas, enquanto vertentes dos direitos humanos, abarcam dimensões específicas do Direito do Trabalho e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No tocante ao panorama protetivo dos direitos humanos do trabalhador, merece papel de destaque a Organização Internacional do Trabalho (OIT), organização pioneira na tutela desses direitos. Assim, convém abordar acerca dessa Organização e de suas convenções internacionais.

⁴ No ordenamento jurídico pátrio esses direitos também estão assegurados ao trabalhador consoante se depreende da leitura do artigo 8º e artigo 7º, incisos XVII e VII, da CF/88, respectivamente.

2.2.1 A OIT e a proteção à privacidade do trabalhador

A OIT foi precursora na tutela dos direitos humanos dos trabalhadores, já que as normas internacionais que amparam tais direitos foram praticamente monopolizadas por essa organização durante um grande lapso temporal. Atualmente a OIT continua sendo protagonista nessa temática, mas deixou de ter exclusividade desde 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (URIARTE, 2011, p. 138).

A organização em comento já aprovou inúmeras convenções e recomendações internacionais⁵ sobre questões laborais como um todo, o que a torna um dos organismos internacionais mais atuantes no cenário internacional.⁶

A meta originária da OIT era proteger os trabalhadores das práticas empresariais consideradas mais abusivas. Com o fim de cumprir esse intento, a organização elaborou normas internacionais, buscando, assim, integrar essas normas à legislação pátria dos seus Estados-membros (CARDOSO, 2005, p. 67-68).

Atualmente, a missão da OIT é o alcance da justiça social⁷, razão pela qual a sua atuação é em prol de que haja um amplo acesso à justiça e aos direitos sociotrabalhistas (DELGADO; RIBEIRO, 2014, p. 65).

Para isso, a referida organização internacional busca implementar o trabalho decente em escala global; mas qual seria o verdadeiro significado da expressão trabalho decente? A princípio, uma leitura preliminar da locução leva o leitor a concluir que se trata de uma expressão de conteúdo aberto e vago, vinculada às circunstâncias do caso concreto⁸.

Sem embargo, no que toca à definição do conteúdo jurídico dessa locução, a OIT delimitou o seu significado. Trata-se de um “trabalho produtivo, adequadamente remunerado,

⁵ A atuação da OIT no tocante ao crescimento do Direito Internacional do Trabalho tem se demonstrado bastante eficaz. Seus resultados podem ser vistos na evolução das legislações trabalhistas internas, uma vez que os Estados-Membros promovem a padronização internacional recomendada, na medida em que a OIT adota metas a serem cumpridas (GOMES, 2005, p. 119).

⁶ Até o depósito desta dissertação, OIT adotou 189 (cento e oitenta e nove) convenções e 201 (duzentas e uma) recomendações.

⁷ De acordo com preâmbulo da Constituição da OIT, somente através da justiça social é que se conseguirá atingir a paz universal e duradoura.

⁸ Segundo as lições de Lucas Gonçalves da Silva e Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, o conceito de salário justo seria uma locução vaga e de conteúdo aberto que deve ser analisada de acordo com o caso concreto. Para os autores, diante da inviabilidade de se precisar parâmetros claros e objetivos para a definição do conteúdo da aludida expressão, faz-se necessário “aplicar o princípio da razoabilidade no preenchimento do seu conteúdo jurídico, permitindo ser adaptado à realidade social cambiante” (SILVA; SILVA, 2015, p. 216). A locução trabalho decente, inicialmente, dá uma impressão de ser também uma expressão com as características acima elencadas. Todavia, a OIT, organização criadora da locução em comento, traçou critérios objetivos para a sua definição.

exercido em condições de liberdade, equidade e segurança capaz de garantir uma vida digna para os trabalhadores e trabalhadoras” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, p. 1).

De acordo com a OIT, para a consecução do trabalho decente⁹ é necessário que o trabalho ofertado salvasse os direitos dos trabalhadores, principalmente os que estão definidos como basilares e essenciais para a organização, conforme previsto na Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Nessa diretriz, impende transcrever a seguinte passagem:

O Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [2011b], p. 1).

A Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho estabelece oito convenções como sendo fundamentais para a OIT e determina que essas convenções devam ser observadas por todos os Estados-Membros que a compõem, independentemente de ratificação, ante o grau de importância do conteúdo dessas convenções.

Acerca do tema, vale lembrar que as referidas convenções tratam da temática de direitos humanos, sendo imperioso trazer a lume as considerações de Oscar Ermida Uriarte sobre tratados e declarações de direitos humanos. De acordo com o juslaborista, esses diplomas fazem parte do conjunto de normas imperativas da ordem internacional pública, também conhecida como *jus cogens*, da qual nenhuma pessoa ou Estado pode se escusar de cumprir, conforme jurisprudência da Corte Internacional de Justiça - Corte de Haia e Corte Interamericana de Direitos Humanos de São José da Costa Rica (URIARTE, 2011, p. 139-140)¹⁰.

⁹ Pode-se dizer que alguns direitos dos trabalhadores são corolários do trabalho decente. Nesse sentido, Lucas Gonçalves da Silva e Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva afirmam que o direito ao salário justo é corolário do trabalho decente (SILVA; SILVA, 2015, p. 220).

¹⁰ Nesse diapasão, não basta criar e aprovar normas internacionais de proteção trabalhista é preciso ter mecanismos voltados para a aplicação de tais normas. Para tanto, a OIT dispõe de procedimentos contenciosos para a salvaguarda de tais normas, quais sejam: a reclamação e a queixa. Além disso, ela possui dois órgãos

Diante do exposto acima, não pairam dúvidas de que, para o alcance do trabalho decente, faz-se necessária a promoção de um meio ambiente laboral sadio e equilibrado¹¹ e, conseqüentemente, torna-se imperiosa a proteção do direito à privacidade dos trabalhadores.

Nessa linha de raciocínio, Rosana Marques Nunes assevera que o papel da OIT é primordialmente atuar em prol do trabalho decente que:

Tem como objetivo a promoção dos direitos fundamentais (dentre eles encontra-se o direito à intimidade e a proteção da dignidade da pessoa humana) e tem como um de seus princípios fundamentais a proibição da discriminação no trabalho, todo o esforço visando à paz e a justiça social” (NUNES, 2011, p. 96).

Sobre o direito à privacidade, propriamente dito, cumpre constatar que em 1996 a OIT editou um Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores¹². Embora não tenha um caráter obrigatório, o aludido repertório foi criado com o propósito de viabilizar uma orientação para a criação de diretrizes de trabalho que visem proteger os dados dos trabalhadores ante a realidade circundante no meio ambiente laboral. Nesse sentido, são as lições de Alice Monteiro de Barros:

A finalidade do Repertório é proporcionar orientação para proteção dos dados. Não supre a legislação nacional ou internacional. Poderá ser utilizado para elaborar leis, regulamentos, convenções coletivas e políticas do trabalho. A utilização de técnicas de informática, de recuperação de dados, os sistemas automatizados de informação relativa ao pessoal, a vigilância eletrônica e os exames genéticos e toxicológicos põem, de manifesto, a necessidade de elaborar disposições no âmbito nacional, visando a proteger a dignidade dos candidatos ao emprego, dos empregados e ex-empregados (BARROS, 2009, p. 31).

Nos termos do artigo 3º do Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores, a expressão dados pessoais devem ser entendidos como todo tipo de informação relacionada com um trabalhador identificado ou identificável, e a

permanentes que têm a função de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas internacionais (Comissão de Peritos e Comitê de Liberdade Sindical).

¹¹ A Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, dispõe sobre saúde e segurança dos trabalhadores. Ela prevê em seu artigo 4º, item 2 que os Estados devem ter como política nacional prevenir danos à saúde que forem consequência do trabalho, ou se apresentem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas inerentes ao meio ambiente laboral.

¹² O Repertório de recomendações práticas em comento foi elaborado em uma reunião de vinte e quatro experts sobre a proteção da vida privada dos trabalhadores da OIT. Essa reunião ocorreu em Genebra de 1º a 7 de outubro de 1996, em cumprimento a uma decisão do Conselho de Administração da OIT. Dentre os *experts*, oito foram representantes dos governos, oito dos empregadores e oito dos empregados (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1997).

palavra trabalhador deve ser aplicada para todo trabalhador e estendida ao ex-trabalhador e ao candidato a emprego (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1997, p. 1).

Saliente-se que muitas vezes a violação aos direitos à privacidade e intimidade do trabalhador perpetrada pelo empregador ou tomador de serviços muitas vezes tem como objetivo principal desvendar informações para a adoção de práticas discriminatórias¹³ e, com isso, mais um direito humano dos trabalhadores é violado, o direito à igualdade.

Diante dessa realidade, o Repertório em questão trouxe expressamente no seu item 5.2 que os empregadores não deverão colher dados pessoais alusivos à vida sexual, ideias políticas e religiosas do trabalhador, assim como solicitar antecedentes criminais, a não ser em situações excepcionais, quando tenha disposição na legislação nacional estabelecendo isso e desde que haja relação direta com a função a ser ocupada. Além disso, o item 6.1 previu que os dados pessoais devem ser fornecidos pelos próprios empregados e dispôs no item 6.6 que não deverão ser armazenados os dados sobre filiação sindical a uma determinada organização ou acerca das atividades sindicais, exceto nos casos em que a legislação ou convenção coletiva autorizar (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1997, p. 2-3).

No que tange ao direito à privacidade, é preciso destacar, ainda, que a OIT realiza estudos direcionados para a fiscalização no local de trabalho, principalmente no que tange à prática de revistas pessoais e eletrônicas. No entanto, até o presente momento não foi elaborada nenhuma Convenção ou Recomendação que trate do assunto de maneira específica e pormenorizada (NUNES, 2011, p. 93).

Nessa esteira, pode-se dizer que a OIT teve, e tem, um importante papel na luta pela salvaguarda dos direitos humanos do trabalhador, inclusive no tocante ao direito à privacidade, objeto de estudo da presente pesquisa.

2.2.2 Direitos à privacidade e à intimidade nos tratados internacionais

Os direitos à privacidade e à intimidade estão salvaguardados desde o século XVIII em inúmeros tratados internacionais, o que demonstra a importância de proteger tais direitos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispõe no seu artigo 10¹⁴ que

¹³ A eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, como representa um dos quatro pilares indispensáveis para a promoção do trabalho decente, deve ser observado por todos os Estados-membros da OIT, pelo simples fato de fazer parte da Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998.

¹⁴ Art. 10º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

ninguém pode ser molestado devido às suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por sua vez, estabelece em seu artigo XII, que ninguém deverá sofrer interferência na sua vida privada¹⁵. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948¹⁶, dispõe nos seus artigos V e X que toda pessoa tem direito de proteção em relação à sua vida particular e familiar e o direito à inviolabilidade e circulação de sua correspondência, respectivamente¹⁷. Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, prevê em seu artigo 17 que ninguém poderá sofrer interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada¹⁸. Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, proclama em seu artigo 11, que trata da proteção da honra e da dignidade, que são proibidas ingerências arbitrárias ou abusivas na vida privada das pessoas¹⁹.

Uma convenção que merece destaque é a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 1989, que trouxe expressamente no seu artigo 16 a previsão de que toda criança²⁰ têm direito à privacidade, sendo vedada qualquer intervenção arbitrária ou ilícita em sua privacidade, família, lar ou correspondência, sendo ainda proibidos atentados ilícitos à sua honra e reputação.

No cenário europeu, a proteção à vida privada encontra guarida também na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, que prevê em seu

¹⁵ Artigo XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

¹⁶ A aprovação da Declaração Universal de 1948 é de extrema importância para o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que a aludida declaração adota uma concepção contemporânea de direitos humanos, qual seja, a de que os direitos humanos representam a consolidação de uma ética universal e de consenso acerca dos valores que devem ser seguidos pelos Estados (RAMOS; CASTRO, 2015, p. 4).

¹⁷ Artigo V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar.

Artigo X da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: Toda pessoa tem direito a inviolabilidade e a circulação da sua correspondência.

¹⁸ Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966: 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honras e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

¹⁹ Artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969): 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

²⁰ De acordo com o artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, deve-se considerar que o termo criança abrange todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em consonância com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.

artigo 8º²¹, item 1, que toda pessoa tem direito ao respeito à sua vida privada e familiar, e no seu item 2 protege o mencionado direito de interferências do poder público. Nesse mesmo sentido, é a Conferência Nórdica de Juristas de 1967, que recomenda a adoção de leis e outros mecanismos de proteção à intimidade, e o Tratado da União Europeia. Este tratado, indiretamente, prevê a proteção ao direito à privacidade, estabelecendo que a União respeitará os direitos fundamentais garantidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, que, por sua vez, inclui a proteção à privacidade no bojo do seu texto (BARROS, 2009, p. 30).

No tocante à proteção da privacidade no ambiente da tecnologia da informação, impende mencionar a Convenção 108 do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo em 1981²², que foi criada para proteger o tratamento automatizado de dados de caráter pessoal. Essa convenção, apesar de não vincular os seus estados membros, foi pioneira nesse tema. Ademais, foi elaborada a Diretiva 97/66/CE que complementou a Diretiva 95/46/CE, abordando a temática de tratamento de dados pessoais, bem como a proteção da vida privada no setor das telecomunicações. Atualmente, vige a Diretiva 2002/58/CE, ela aborda de maneira detalhada a questão da privacidade no setor das comunicações telefônicas, mantendo a Diretiva 95/46/CE e revogando a Diretiva 97/66/CE (FRANCO FILHO, 2016, p. 36-37).

Após abordar a proteção dos direitos humanos, faz-se mister enfrentar a temática da incorporação desses direitos ao ordenamento jurídico pátrio. Na lição de Flávia Piovesan, a Constituição brasileira de 1988 representa o marco da institucionalização dos Direitos Humanos no País (PIOVESAN, 2007, p. 14). Com os direitos humanos do trabalhador não é diferente.

Nesse sentido, um tema importante a ser abordado é a irradiação dos direitos humanos positivados, direitos fundamentais, portanto, em todo sistema jurídico nacional. Assim, passa-se a tratar da Constitucionalização do Direito, analisando os seus reflexos no Direito do Trabalho.

²¹ Artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

²² A Convenção 108 do Conselho da Europa só entrou em vigor em 1985.

2.3 Constitucionalização do Direito

2.3.1 Constitucionalização do Direito no Brasil e seus reflexos no Direito do Trabalho

A passagem da Constituição para o centro do sistema representa a consagração da supremacia material e axiológica da Constituição com o abandono do viés meramente retórico das normas constitucionais. Tal fenômeno está intimamente ligado à evolução que o Direito Constitucional vem passando, ao longo das últimas décadas.

Na análise do tema, faz-se mister trazer a lume as lições de Luís Roberto Barroso acerca dos marcos históricos, filosóficos e teóricos da Constitucionalização do Direito (BARROSO, 2015, p. 279-301).

No tocante aos marcos históricos no processo de Constitucionalização do Direito, pode-se afirmar que as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial chocaram o mundo e serviram de impulso para a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia, em prol da construção do Estado Constitucional de Direito.

O ponto de partida para o processo de constitucionalização do Direito no cenário mundial foi uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1958, na qual a Constituição passou a ser compreendida como uma ordem objetiva de valores, influenciando e condicionando a leitura e interpretação de todos os ramos do Direito (ALEXY, 2015a, p. 106).

Trata-se do célebre julgamento do caso Lüth. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou constitucional o boicote conclamado por um cidadão judeu (Erich Lüth), presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, em relação ao filme *Amada Imortal* (adaptação do romance homônimo, cuja direção coube ao alemão Veit Harlan) (ALEXY, 2015a, p. 106).

Aparentemente, os fatos que deram origem à discussão em tela envolviam apenas interesses civis de particulares, um judeu e um alemão, no período pós-nazista. Entretanto, o cerne da questão relacionava-se à proteção ao pleno exercício à liberdade de expressão de um cidadão (Erich Lüth) à luz da Lei Fundamental de 1949. No julgamento em comento ficou resguardada a liberdade de expressão, sendo permitido o boicote do aludido filme produzido por Veit Harlan, que havia no passado sido o principal responsável pelos filmes de divulgação de ideias nazistas (ALEXY, 2015a, p. 106).

Assim, não obstante a literalidade de dispositivos do BGB (Código Civil Alemão) vedasse o boicote, possibilitando, inclusive, sanção pecuniária no caso de descumprimento da norma, prevaleceu o valor axiológico da norma que prevê a liberdade de expressão na Lei Fundamental Alemã.

No que tange aos marcos filosóficos, observa-se que o pós-positivismo teve um papel de destaque na Constitucionalização do Direito. A doutrina pós-positivista representa a confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo, e simboliza a busca pelo ideal de justiça.

O pós-positivismo contesta o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, reconhecendo a impossibilidade de tratá-los como segmentos estanques (BARROSO, 2015, p. 282), em prol da aproximação entre o Direito e a Ética.

Os marcos teóricos, por sua vez, reconhecem que a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional tiveram importância ímpar no desenvolvimento da mudança da interpretação Constitucional.

Vale destacar que, de acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, a locução constitucionalização do direito comporta vários significados. A supremacia da Constituição em um ordenamento jurídico e a incorporação formal no texto da Constituição de temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito são apenas alguns exemplos (BARROSO, 2015, p. 390).

A ideia de Constitucionalização do Direito ligada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cuja carga axiológica tem força normativa e irradia por todo ordenamento jurídico, e que repercute em todas as normas infraconstitucionais e nas diversas relações estabelecidas²³, é o ponto de partida aqui utilizado.

Segundo a doutrina de Canotilho (2003, p. 378), “a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção de direitos fundamentais, mediante o controle de constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos”.

Não há qualquer fato ou circunstância com a mínima repercussão sobre algum direito, no âmbito de determinado Estado, que não se subordine à Constituição. Trata-se da onipresença da Constituição no sistema jurídico e na sociedade como um todo (DALLARI, 2013, p. 311).

²³ De acordo com Luís Roberto Barroso, a Constitucionalização do Direito tem reflexo na atuação de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e repercute nas diversas relações travadas no seio da sociedade, incluindo as relações estabelecidas entre o Estado e os indivíduos, bem como as estabelecidas entre os particulares (BARROSO, 2015, p. 391).

No Brasil, a Constitucionalização do Direito ganhou força com a promulgação da Lei Maior de 1988. A Constituição, intitulada como Cidadã por Ulysses Guimarães, elegeu a dignidade da pessoa humana (artigo 3º, inciso III, da CF) como epicentro axiológico de todo ordenamento jurídico e, desde então, a jurisprudência nacional vem evoluindo em prol da concretização dos princípios nela insculpidos.

A Constitucionalização do Direito, como dito alhures, representa uma mudança de paradigma interpretativo. Assim, supera-se o velho modelo de compreensão da Constituição e passa-se a aplicar o novo modelo de Direito pautado no Estado Democrático de Direito, abandonando a tradição jurídica inautêntica²⁴ do Direito baseada em um modelo liberal individualista.

Dessa forma, explorar a força normativa e substancial do texto constitucional da Carta Magna de 1988 pressupõe um movimento de destruição de tal cultura jurídica, inserida na crise de paradigmas. Essa dinâmica da desconstrução possibilita à hermenêutica construir a Constituição, desvendando o que ainda está por descobrir (STRECK, 2002, p. 192).

Nesse sentido, cabe transcrever as palavras de Lênio Luiz Streck acerca do tema, *in verbis*:

Isto, à evidência, não implica entender que a Constituição (seu texto) tenha que ter “*um sentido*”, mas, sim, que haja “*um sentido de Constituição*”. Desnecessário, neste ponto, dizer (e alertar) que a Constituição não é aqui entendida como *topos conformador* de uma atividade subsuntiva, onde o seu texto seria *ratio* do sistema, atuando como um-repertório-de-conceitos-abstratos - espécies de significantes primordiais-fundantes - à espera de uma “acoplagem” proveniente da inconstitucionalidade... (STRECK, 2002, p. 193).

Nessa mira, os ramos do Direito, inclusive o Direito do Trabalho, passam a ser compreendidos e aplicados à luz das normas constitucionais.

Alguns autores afirmam que, nesse momento, ocorreu a chamada constitucionalização do Direito do Trabalho, fenômeno que busca uma maior efetividade na salvaguarda dos direitos fundamentais dos trabalhadores (AMARAL, 2014, p. 103; MELLO, 2015, p. 52-54).

É nessa linha que Júlio Ricardo de Paula Amaral afirma que a “constitucionalização²⁵” do Direito do Trabalho promove uma mudança no campo de proteção dos direitos dos

²⁴ Expressão utilizada por Lênio Luiz Streck (2002, p. 192).

²⁵ Conforme será visto adiante, há doutrina no sentido de que é equivocado falar em constitucionalização do Direito do Trabalho. O jurista Júlio Ricardo de Paula Amaral utiliza a expressão constitucionalização entre aspas o que pode sugerir a impropriedade do uso do termo em discussão.

trabalhadores, já que o trabalhador passa a ser tutelado em uma dupla condição, qual seja, a de “trabalhador-cidadão”. Trata-se de um fenômeno dinâmico, tendo em vista que ainda está ocorrendo nos dias de hoje (AMARAL, 2014, p. 103).

A propósito, Oscar Ermida Uriarte critica o uso da expressão constitucionalização do Direito do Trabalho. Para o autor, a utilização da referida locução só seria válida para se referir a algo que não era constitucional e que se tornou constitucional em uma determinada época. Entretanto, o jurista uruguaio afirma que o Direito do Trabalho já nasceu constitucional²⁶ e os direitos trabalhistas são, em consequência, constitucionais (URIARTE, 2011, p. 134).

Em relação à abordagem do Direito do Trabalho no cenário nacional, impende tratar da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), diploma que reúne a grande parte das normas trabalhistas.

Em 1º de maio de 1943, a CLT foi promulgada pelo Decreto-Lei nº 5.452, no Rio de Janeiro (capital da República à época). O momento ficou marcado na história, tendo em vista que a CLT foi aprovada em solenidade pública em uma data simbólica, dia do trabalho, além de ter representado um marco no Direito do Trabalho.

Naquele tempo, Getúlio Vargas, presidente à época, assumiu e utilizou a temática da proteção do trabalhador como sua ideologia política e o corporativismo para a sua estrutura sindical. A CLT foi, assim, planejada e editada em um período de profunda centralização e autoritarismo político.

Não obstante o cenário populista, no qual a CLT foi planejada e aprovada, é preciso destacar que a mencionada compilação de leis se revelou “o principal marco legislativo trabalhista brasileiro a regular o conflito capital-trabalho, sobretudo se considerada a situação de desamparo social pré-1930” (DELGADO, 2013, p. 1-2).

Passados 74 anos, percebe-se que a CLT se mantém dinâmica diante do seu tempo, incorporando e resolvendo os problemas da atualidade, e deve ser compreendida à luz da Constituição Federal de 1988.

A Lei Fundamental de 88 foi elaborada em um momento em que havia grandes pressões do capital sobre o trabalho. Nesse contexto, o constituinte de 1988 inseriu no texto constitucional vários direitos sociais e trabalhistas mínimos, com o intuito de colocá-los fora do alcance do poder constituinte derivado, do poder do legislador infraconstitucional e do

²⁶ Segundo o jurista uruguaio o nascimento da constitucionalidade do Direito do Trabalho latino-americano ocorreu com a Constituição Mexicana de 1917.

poder negocial das partes, permitindo somente propostas que visassem à melhoria da condição dos trabalhadores (MARTINEZ, 2010, p. 80).

Além disso, a CF/88 trouxe no *caput* do seu artigo 7º a previsão expressa de que os direitos elencados naquele artigo não excluem outros que visem à melhoria da sua condição social. Dessa forma, a Constituição instituiu uma hierarquia flexível entre as normas no Direito do Trabalho, diferentemente do que ocorre nos outros ramos do Direito.

Nesse diapasão, o Direito do Trabalho deve ser interpretado e aplicado à luz do princípio da proteção (*caput* do artigo 7º Celetista), que tem como corolário os princípios da aplicação da norma mais favorável; da manutenção da condição mais benéfica; e da avaliação *in dubio pro operario*.

Assim, não obstante a sistemática tuitiva²⁷ tenha sido a inspiração do Direito do Trabalho, com a chegada da CF/88, a CLT e as leis trabalhistas passaram a ser lidas e interpretadas com um viés ainda mais protetivo.

Para que a Lei Maior não se torne ineficaz, é preciso que o intérprete não atue com indiferença em relação à Constituição, e sim compreenda o seu sentido. Ao mesmo tempo, é preciso que a atividade de interpretar esteja intrinsecamente vinculada à ideia de que a Constituição deve ser utilizada como um mecanismo prático que provoca mudanças na realidade.

Para melhor elucidar o assunto, vale transcrever as palavras de Lênio Luiz Streck:

Para romper essa tradição inautêntica, no interior do qual os textos jurídicos são tornados ineficazes, torna-se necessário compreender o sentido de Constituição. Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico, necessariamente entendê-lo como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição (STRECK, 2002, p. 187).

Diante dessa temática, faz-me mister trazer à baila a análise feita por Ingebord Maus acerca do papel do Poder Judiciário na sociedade atual. Para autora, o Estado Moderno Constitucional, principalmente no período Pós-Guerras Mundiais, foi palco de uma mudança no desempenho da atividade de controle judicial. Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a ocupar o epicentro do sistema, havendo um grande clamor por parte da sociedade para uma

²⁷ De acordo com o dicionário *Online* da Língua Portuguesa, a palavra tuitivo é um adjetivo de origem latina (tuitu) e um dos seus significados é que defende, que protege (DICIO, 2009).

atuação incisiva dos magistrados na resolução de problemas circundantes²⁸ (MAUS, 2000, p. 185).

A interpretação do crescimento do “Terceiro Poder”, no século XX, particularmente no tocante à Alemanha, é feita pela autora, através de uma análise metafórica, comparando a relação cidadão-Poder Judiciário com a relação filho-pai. A admiração existente na figura paterna pode ser simbolicamente atribuída ao Poder Judiciário, já que a população deposita as suas esperanças nesse Poder, havendo verdadeiros “contornos de veneração religiosa” (MAUS, 2000, p. 185).

Esse pensamento é refletido também nas lições de Lucas Gonçalves Silva e Leonardo Lessa Prado Nascimento. Segundo os autores, a conjuntura atual tem como reflexo “uma verdadeira superampliação do Poder Judiciário, que acaba por ser refúgio da população na busca por direitos que não são viabilizados pela via política” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 135).

Nessa linha de raciocínio, Ingebord Maus explana que, por trás das ideias de garantia judicial de liberdade e da principiologia da interpretação constitucional, a atuação do Poder Judiciário pode esconder ideias de domínio, irracionalidade e arbítrio (MAUS, 2000, p. 183).

Para Lucas Gonçalves Silva e Leonardo Lessa Prado Nascimento é preciso ter cautela com a “nova cultura jurídica, calcada na aplicação direta dos princípios e, sobretudo, numa ampliação, verdadeiro boom dos sentidos/semântica dos princípios da razoabilidade e dignidade da pessoa humana. É aí que mora o perigo...” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 134). Os autores seguem afirmando:

Não obstante o entendimento do Direito como agente modificador da realidade social, e, portanto, também esfera de demonstração e reconhecimento das forças que compõe o tecido social, o paradigma do constitucionalismo num Estado Democrático de Direito não pode descambar para a substituição do arbítrio da supremacia da lei para tornar-se o arbítrio da supremacia da vontade do intérprete da norma (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 135).

A despeito de esses autores alertarem para os perigos que podem advir dessa nova atuação do Poder Judiciário, é preciso destacar que a atividade judicial inovadora e concretizada, principalmente do Supremo Tribunal Federal, é de extrema importância para a

²⁸ A autora relata e critica o atual contexto do Tribunal Federal Constitucional, corte suprema na Alemanha. Essa corte, ao desempenhar a sua função de controlar a constitucionalidade das leis, atua de maneira soberana, definindo os seus próprios limites de atuação e ampliando o poder que lhe fora atribuído.

sociedade. Essas decisões têm a missão de lapidar novas interpretações e caminhos em busca do progresso da sociedade. Caso contrário, a sociedade correrá o risco de ter de conviver com uma Constituição meramente simbólica²⁹.

De acordo com Marcelo Neves, ao analisar a Constituição, é preciso verificar a permanente relação entre o texto e a realidade constitucionais, visando à concretização de normas constitucionais. Nesse processo, observa-se que concretizar é mais do que simplesmente interpretar e aplicar o texto normativo. A norma jurídica influencia a realidade relacionada a ela e, ao mesmo tempo, é influenciada por essa realidade³⁰ (NEVES, 2011, p. 83).

Dessa forma, os magistrados têm a missão de concretizar a Constituição nos julgamentos dos casos concretos. Permitir que violação do direito à privacidade dos trabalhadores na era da sociedade da informação é, em verdade, negar força normativa à Lei Maior, fazendo com que esse direito seja apenas um símbolo previsto no artigo 5º, inciso X, CF/88.

Com efeito, a concretização dos direitos fundamentais está diretamente ligada à teoria da concretização constitucional, preconizada por Konrad Hesse. O íclito jurista defende a ideia de que a Constituição não se reduz aos fatores reais de poder que rodeiam a sociedade e servem de sustentáculo para o pensamento de Ferdinand Lassale (HESSE, 1991, p. 11).

A Constituição vai além, tem vida própria. Ela se manifesta como uma constituição jurídica dotada de efetiva força normativa, apta a motivar e ordenar a vida do Estado (HESSE, 1991, p. 11). Nesse cenário, a interpretação da constituição revela-se como um importante e excelente mecanismo para a concretização da norma.

Nas lições de Canotilho, o método hermenêutico-concretizador, idealizado por Hesse, está vinculado à ideia de que “a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete”. Para o Professor da Universidade de Coimbra, a interpretação das normas constitucionais segue a mesma dinâmica, formando um “círculo hermenêutico” no qual o intérprete, primeiramente, desempenha um papel criador (precompreensão) para obter o significado da norma, em seguida promove mediações entre a

²⁹ De acordo com Karl Loewenstein, as constituições podem ser divididas em normativas, nominalistas e simbólicas, conforme a sua relação com a realidade do processo de poder. As simbólicas, também chamadas de semânticas, representam o reflexo da realidade do processo político e são meros instrumentos para a manutenção do poder (NEVES, 2011, p. 105).

³⁰ Trata-se do conceito de Constituição, tratado pela Teoria dos Sistemas.

situação concreta e o texto e, por fim, produz a solução, concretizando a interpretação (CANOTILHO, 2003, p. 1212).

Canotilho arremata a análise do método hermenêutico-concretizador, fazendo um contraponto entre o aludido método hermenêutico e o método tópico-problemático de Viehweg. Nessa esteira, impende transcrever as palavras do doutrinador português, *in verbis*:

O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema (CANOTILHO, 2003, p. 1212).

Nessa toada, observa-se que as ideias trazidas por Konrad Hesse foram decisivas para a promoção e consolidação da força normativa da constituição. Entretanto, é preciso destacar que os princípios que serviram de base para a sua teoria são dotados de um elevado grau de generalidade e abstração.

Diante desse elevado grau de abstração visualizado na teoria de Hesse, Friedrich Müller oferece uma solução tangível para a concretização constitucional: uma metódica estruturante do processo interpretativo constitucional, buscando a concretização constitucional no plano da eficácia.

O entendimento delineado por Müller parte do pressuposto de que não se pode confundir o texto da norma (enunciado linguístico) com a norma propriamente dita, tendo em vista que esta última é resultado de uma complexa construção jurídica que inclui interpretação, mas não se limita a ela (MÜLLER, 2007, p. 148).

A metódica normativo-estruturante utiliza como sistemática jurídica a tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração e jurisdição) e está diretamente vinculada à resolução de casos concretos. Nesse sentido é o magistério de Canotilho.

De acordo com o aludido doutrinador português, a metódica normativo-estruturante é composta de sete postulados: a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração e jurisdição); a metódica está diretamente vinculada à resolução de problemas práticos; a metódica está preocupada com a estrutura do texto normativo e da norma, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; a não identidade entre norma e texto normativo; o texto normativo

de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (conforme idealizado pro Müller); a norma abrange o texto e a realidade social; e a concretização normativa deve considerar e trabalhar dois elementos de concretização: a interpretação do texto da norma e investigação do domínio ou região normativa (CANOTILHO, 2003, p. 1213).

Observa-se, assim, que a teoria estruturante do processo interpretativo de Friedrich Müller tem uma importância ímpar na concretização constitucional e, conseqüentemente, na concretização dos direitos fundamentais.

No Brasil, país reconhecido mundialmente pela marcante desigualdade social que o caracteriza, a salvaguarda dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é imprescindível. De acordo com o programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), os dados obtidos com os marcadores de educação, renda e saúde de 2015 revelam que o Brasil ocupa, juntamente com a ilha caribenha Granada, a 79ª posição entre as 188 nações no *ranking* no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e cai 19 posições quando a análise é feita utilizando o critério classificatório correspondente à diferença de renda entre ricos e pobres (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2016, p. 23). A respeito, são pertinentes as conclusões formuladas por Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes (2011, p. 101):

A incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é essencial para tornar estas relações mais humanizadas e justas, considerando o cenário de desigualdade e assimetria que as caracteriza. Sem embargo, deve-se fugir de qualquer tipo de “fundamentalismo” dos direitos fundamentais, o que justifica a busca racional de critérios nesta área, tão importante na vida do ser humano e na conformação da nossa sociedade.

Diante disso, esta pesquisa analisará os direitos à liberdade contratual e à informação dos empregadores em cotejo com o direito à privacidade dos empregados, buscando sempre dar concretude aos aludidos direitos fundamentais.

2.3.2 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

O Direito contemporâneo nas democracias constitucionais é marcado pela ubiquidade dos direitos fundamentais e o reflexo disso é o fato de que esses direitos são suscitados nos mais diversos ramos do Direito, entre eles o Direito do Trabalho. Nessa toada, deve-se levar

em consideração os direitos fundamentais como um todo, estando aí incluídos, os trabalhistas, individuais, sociais e coletivos nas relações de trabalho (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 60).

Antes de analisar o tratamento dado aos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares, impende trazer a lume a evolução do tratamento dos direitos fundamentais nas diversas relações sociais.

No passado, os direitos fundamentais eram oponíveis apenas em face do Estado, conforme previa a teoria liberal clássica (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 61). Contudo, com as novas e diversas formas de relações estabelecidas, a doutrina passou a constatar que as violações aos direitos fundamentais não eram praticadas apenas pelo Estado, abrangia também os particulares. Sobre o assunto, Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes trazem a seguinte conclusão:

Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 62).

Destaque-se que a necessidade de se averiguar os desrespeitos aos direitos fundamentais nas relações entre particulares é ainda mais significativa em contextos sociais marcados por um cenário rodeado de desigualdade social, tal como ocorre no Brasil (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 62).

Diante desse contexto, passou-se a explorar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que representa a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares³¹. Usa-se o termo horizontal tendo em vista que a relação travada entre particulares é geralmente uma relação de coordenação.

Como bem ressalta Rosana Marques Nunes, “a finalidade da adoção dessa teoria é tornar as relações entre particulares mais humanas, observando o direito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, símbolo da nova ordem jurídica, em busca da justiça social” (NUNES, 2011, p. 61).

De acordo com Batalla, a doutrina é dividida no tocante ao tratamento dado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “*para algunos autores la Drittwirkung es sólo indirecta, mientras que para otros, es inmediata o directa*” (BATALLA, 2007, p. 26).

³¹ A expressão eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é o que se reconhece como *Drittwirkung* na doutrina alemã.

No tocante à corrente doutrinária que defende a tese da eficácia indireta, defende-se que a plena eficácia dos direitos exige sempre a mediação do legislador ou do juiz. Nessa análise, o legislador deve dispor sobre proteção mínima a ser conferida aos particulares com base nos ditames constitucionais e o juiz deve fundamentar a sua decisão com fulcro em cláusulas e conceitos gerais do ordenamento privado (BATALLA, 2007, p. 27).

Já a eficácia direta, por sua vez, nega a necessidade de mediação por parte do legislador ou juiz para a eficácia dos direitos fundamentais, dando plena aplicabilidade aos comandos constitucionais.

Si hay una norma aplicable, el conflicto deberá resolverse según lo previsto en la ley. En ausencia de norma aplicable, la Constitución se aplicará directamente (y no como criterio interpretativo para concretar las cláusulas generales del Derecho privado (BATALLA, 2007, p. 28).

Não obstante a aludida classificação apontada por Antoni Rogi Batalla (2007), prevalece na doutrina nacional uma diferente divisão teórica da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. São, em verdade, três teorias: teoria da *State Action*, que corresponde à ineficácia horizontal dos direitos fundamentais; a teoria da eficácia indireta ou mediata e, por fim, a teoria da eficácia direta ou imediata³².

A primeira teoria, a da ineficácia horizontal, entende que os direitos fundamentais não possuem eficácia nas relações privadas. A doutrina e a Suprema Corte dos Estados Unidos adotam essa teoria, com base no quanto disposto na Constituição norte-americana que confere apenas proteção aos direitos fundamentais aos Poderes Públicos, exceto no que tange à eficácia reconhecida à 13ª Emenda Constitucional, que finaliza a escravidão³³ (SARMENTO, 2010, p. 63).

Já a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares entende que esses direitos só podem ser aplicados nas hipóteses em que há regulamentação legislativa promovendo tal autorização. Nessa perspectiva, os direitos

³² Há, ainda, a Teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que representa uma variação da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais na seara das relações privadas. De acordo com a doutrina do principal defensor e divulgador dessa teoria, Claus-Wilhelm Canaris, em muitos casos, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é resolvida pela lógica da ponderação, subprincípio da proporcionalidade. Assim, utiliza-se a vedação do excesso e proibição da insuficiência, dimensões do princípio da proporcionalidade, para a solução de celeumas (SARMENTO; GOMES, 2011, p.73).

³³ Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes ressaltam que a partir da década de 1940 a teoria do *state action* sofreu temperamentos na prática, no campo da jurisprudência, já que se passou a entender que os atores privados ao exercerem atividades de natureza essencialmente estatais devem observar integralmente os direitos fundamentais previstos na Constituição. Outro caso de mitigação à teoria ocorre quando há uma estreita relação entre a atuação de do particular e alguma entidade governamental (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 63-64).

fundamentais representam cláusulas gerais e a sua aplicação imediata acarretaria um desvirtuamento do direito privado. Essa teoria foi criada na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956, e representa o pensamento dominante no direito germânico, sendo adotada pela sua Corte Constitucional e pela doutrina dominante daquele país. Somente em situações excepcionalíssimas é permitida a aplicação direta dos direitos fundamentais pelo Judiciário em litígios envolvendo particulares (SARMENTO, 2010, p. 66-68).

Por último, a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais defende a aplicação de tais direitos nas relações travadas entre particulares. De acordo com as lições de Alexei Julio Estrada, essa teoria foi criada por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50 (NIPPERDEY *apud* SARMENTO; GOMES, 2011, p. 71).

Conforme as concepções de Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes, a tese da eficácia horizontal imediata tem ampla aceitação na Europa, sendo a doutrina majoritária na Espanha, Portugal e Itália (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 71).

No ordenamento jurídico pátrio prevalece a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais na relação travada entre os particulares, conforme se extrai da leitura do artigo 5º, §1º, da Lei Maior, que prevê a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Luís Roberto Barroso, “o ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência” (BARROSO, 2015, p. 410). A título de exemplificação de juristas que defendem eficácia direta e imediata, além do já mencionado Luís Roberto Barroso, pode-se citar Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 261), Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes (2011, p. 72).

Acerca do tema, impende trazer a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet. Para o autor, o artigo 5º, §1º, da Lei Fundamental tem ampla abrangência, abarcando todos os direitos fundamentais e não só os individuais e coletivos. Assim, não obstante o aludido artigo esteja localizado topograficamente no capítulo I, direitos e deveres individuais e coletivos, o referido dispositivo utiliza a expressão direitos e garantias fundamentais, englobando todos os direitos fundamentais. Explica, ainda, o autor que, além da interpretação literal mencionada, uma interpretação sistemática e teleológica do aludido dispositivo conduzirá o interprete à ampla abrangência dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 261-262).

É importante lembrar que a análise sobre a eficácia dos direitos fundamentais passou a ser mais aprofundada com a Lei Maior de 1988 e com o advento do preceito normativo

insculpido no §1º, do artigo 5º, tendo em vista que não há dispositivo correlato nas Constituições anteriores. Outro ponto a ser destacado é o fato de o aludido comando constitucional ter tido influência de outras constituições como a portuguesa (artigo 18, 1), a uruguaia (artigo 332) e a alemã (artigo 1º, inciso III) (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 56-57).

No tocante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), observa-se que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 a Corte Suprema não tinha um posicionamento uníssono acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Com o advento da Lei Maior, o STF foi instado a apreciar a questão da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A primeira análise meritória ocorreu em 1996³⁴, situação na qual a Máxima Corte aplicou diretamente o direito fundamental ao devido processo legal em uma relação travada entre particulares. A partir de então várias decisões foram proferidas acerca do tema e atualmente é consolidado o posicionamento que aplica a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 76-82).

No âmbito do Direito estrangeiro, a doutrina e a jurisprudência consolidada na Espanha é clara ao reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre os particulares. Assim, os trabalhadores têm o direito de buscar judicialmente amparo nos tribunais ordinários e, subsidiariamente, no Tribunal Constitucional, a proteção desses direitos (BATALLA, 2007, p. 24).

No entanto, nem sempre foi assim. O constitucionalista Antoni Rogi Batalla, ao analisar a temática da eficácia dos direitos fundamentais das relações laborais no cenário espanhol, esclarece que durante muito tempo os conflitos de interesses se dirimiam com base na autonomia da vontade, nos termos do pacto de trabalho celebrado e com o sistema de fontes do Direito laboral. Nessa senda, os direitos fundamentais eram aplicados em um âmbito vertical na relação entre cidadão e poder público.

Continua o jurista afirmando que o reconhecimento do Estado Social de Direito e dos princípios de justiça e eficiência promoveram significativa mudança nessa temática e com isso a jurisprudência espanhola passou a aceitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, consoante se depreende da seguinte passagem:

³⁴ A decisão em comento foi analisado no Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS e o julgamento ocorreu em 1996 pela 2ª Turma e relatado pelo Ministro Marco Aurélio. No aludido recurso se discutiu a validade da punição de um associado da cooperativa sem ter sido oportunizado o exercício da sua ampla defesa (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 76).

Sin embargo, dos factores han permitido un cambio copernicano en la teoría de los derechos fundamentales, hasta el punto de aceptar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. En primer lugar, el Estado abstencionista del primer liberalismo ha dado paso, después de la segunda guerra mundial, a un Estado social de derecho, con una función prestacional y protectora. En segundo lugar, el concepto clásico de autonomía de la voluntad ha sido sustituido por otro concepto de autonomía más acorde con los nuevos principios de justicia y eficacia (BATALLA, 2007, p. 23-24).

No tocante à Constituição Portuguesa, constata-se que ela consagra a eficácia horizontal imediata em relação às entidades privadas e não só em relação às entidades públicas, consoante se depreende da leitura do seu artigo 18³⁵³⁶. Nesse sentido é a doutrina do jurista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 448).

Em sentido diverso é a doutrina de outro jurista português, José Carlos Vieira de Andrade. Acerca do tema, impende, primeiramente, trazer as considerações peculiares feitas pelo autor acerca do artigo 18 da Constituição Portuguesa. De acordo com suas lições, o aludido artigo traz à baila o princípio da aplicabilidade direta que representa a reafirmação do princípio da constitucionalidade, garantindo a prevalência dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias à categoria de validade, como também à categoria da aplicação, estando incluída a sua eficácia imediata (ANDRADE, 2001, p. 201).

Vieira de Andrade leciona que a aplicabilidade imediata não deve ser confundida com exequibilidade imediata. Para o autor, alguns direitos fundamentais são necessariamente pendentes de uma regulamentação complementar para terem o seu exercício efetivo. Assim, nas situações em que o alcance normativo da aplicabilidade direta não resida na exequibilidade, ele estará presente na deverosidade estrita da intervenção legislativa, que, ao seu ver, é uma prestação obrigatória, “porque não faltará, na prática, seguramente a lei³⁷”

³⁵ Artigo 18 - (Força Jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

³⁶ Segundo Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior, o artigo 18 da Constituição Portuguesa consagra aplicação imediata apenas aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, estando excluídos desse regime os direitos económicos, sociais e culturais. O autor ressalva, entretanto, que uma ampla parcela dos direitos dos trabalhadores na Constituição Portuguesa está prevista no capítulo referente aos direitos, liberdade e garantias e não no capítulo dos direitos económicos, sociais e culturais (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 57-58).

³⁷ Apesar de afirmar que não faltará lei dispondo sobre a temática, Vieira de Andrade ressalva que “ainda teria sentido o carácter directamente aplicável dos preceitos constitucionais, pelo menos na medida em que, com base neles, o juiz poderia declarar a existência, o conteúdo e os limites do direito individual” (ANDRADE, 2001, p. 205).

(ANDRADE, 2001, p. 204). Para melhor elucidar o assunto cumpre transcrever a seguinte passagem:

Nestas hipóteses, o alcance normativo da aplicabilidade direta não reside na exequibilidade, está na deverosidade estrita da intervenção legislativa, que há de assegurar, nas condições normativas de um estado de Direito, a existência de legislação e a produção das demais actuações necessárias ao exercício dos direitos (ANDRADE, 2001, p. 204).

No que tange à interpretação da eficácia da norma em comento nas relações entre particulares, o jurista entende que, embora seja indiscutível que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, o artigo 18, nº 1 não dispõe que a vinculação corresponda àquela que vincula as entidades privadas (ANDRADE, 2001, p. 251).

Para o autor, existem casos que a Constituição concebe expressamente direitos perante privados. Além deles, a transposição direta dos direitos fundamentais só deve ser aceita nas relações entre particulares nas hipóteses em que estejam envolvidos pessoas coletivas³⁸ ou excepcionalmente indivíduos que detenham poder especial de carácter privado em relação a outros indivíduo (ANDRADE, 2001, p. 255).

Segundo Vieira de Andrade, existem entidades privadas que possuem poder econômico ou social capaz de influenciar significativamente nas relações travadas com os indivíduos. As relações trabalhistas representam em exemplo dessas situações de poder. Nesses casos, seria cabível a aplicabilidade imediata dos preceitos fundamentais de direitos, liberdade e garantias (ANDRADE, 2001, p. 257).

Os particulares que mantêm relação com essas pessoas detentoras de poder têm a faculdade de exigir uma igualdade de tratamento em relação aos outros indivíduos que estejam na mesma situação, bem como suscitar a aplicação dos direitos fundamentais que garantam a sua liberdade, mesmo que não haja lei nesse sentido ou na hipótese de haver lei inconstitucional que viole tais direitos. (ANDRADE, 2001, p. 257).

Não obstante inexistir consenso entre os aludidos constitucionalistas portugueses acerca da temática da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é consenso entre esses consagrados autores que nas relações trabalhistas faz-se imperiosa a aplicação da eficácia direta.

³⁸ Para o autor, Vieira de Andrade esclarece que as situações devem ser analisadas com base no caso concreto. Dessa forma, a relação de poder que há dentro de uma família não é a mesma a que é estabelecida entre empregado e empregador (ANDRADE, 2001, p. 256).

No tocante aos contratos de trabalho, observa-se que eles possuem pontos semelhantes com o processo genérico de formação dos pactos celebrados sob o manto do Direito Civil. A título de ilustração, Maurício Godinho Delgado cita as regras quanto ao ajuste de vontades (que pode ser expresso ou tácito), a fixação do local do seu cumprimento e do objeto central que vai regular o pacto (DELGADO, M., 2016, p. 1117).

Não obstante existam pontos análogos entre os aludidos contratos, as relações jurtrabalhistas possuem especificidades. Um relevante ponto que particulariza a relação de trabalho é a significativa diferença de poder econômico e social existente entre o empregado e o empregador, que faz com que este influencie consideravelmente as relações travadas entre eles (ANDRADE, 2001, p. 256).

Nessa mira, há uma nítida diferença de forças entre as partes da relação de trabalho, encontrando-se o empregado em uma condição de hipossuficiente e submetido às diretrizes organizacionais e ao poder de fiscalização e sancionatório. Assim, o empregado sempre estará juridicamente subordinado ao empregador.

De acordo com a doutrina de Sérgio Gamonal C.,³⁹ o significativo poder econômico e jurídico que o empregador tem sobre o trabalhador leva a conclusão de que nas relações jurtrabalhistas há mais do que uma eficácia horizontal entre as partes, existe, em verdade, uma eficácia diagonal (C., GAMONAL, 2011, p. 28).

Acerca da eficácia diagonal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, faz-se necessário trazer a lume as lições de Sérgio Gamonal C.:

Na eficácia diagonal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho a racionalidade acerca do objeto se vincula com o fim perseguido pelo contrato de trabalho enquanto prestação de serviço sob subordinação que, afinal, não pode alterar direitos fundamentais de uma das partes pelo único objetivo econômico do contrato ou da atividade empresarial. A livre iniciativa econômica e o direito de propriedade não podem desprezar outros direitos básicos dos trabalhadores em uma sociedade democrática, exceto em casos muito excepcionais e sempre que se cumpram os requisitos que expusemos nas linhas anteriores (C., GAMONAL, 2011, p. 33).

³⁹ Embora a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais tenha sido propagada e sistematizada pelo Professor chileno Sérgio Gamonal C., o próprio autor afirma em seu livro que o conceito de eficácia diagonal foi sugerido pela Professora Pamela Prado em sua dissertação de Mestrado "*Reparación del daño moral ocasionado por el empleador al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo*", da Universidade do Chile em 2005. A autora citou em sua dissertação uma sentença espanhola de 25 de setembro de 2011, do Tribunal de Justiça da Comunidade Valenciana que faz referência à eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações jurtrabalhistas (C., GAMONAL, 2011, p. 28).

A relação entre empregado e empregador estaria, dessa forma, enquadrada em uma relação que difere tanto da relação vertical travada entre o Estado e os particulares, como da relação horizontal estabelecida entre particulares, merecendo uma atenção especial quando da aplicação dos direitos fundamentais.

Essa conclusão pode ser alcançada através da leitura da doutrina elaborada por Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes. De acordo com os autores, a situação na qual o empregador privado se encontra não é simétrica à do Estado, já que aqueles detêm, em regra, um grau de liberdade mais amplo. A título de exemplificação, cita-se a maior liberdade que os empregadores possuem na hora de contratar os seus empregados, o que é vedado ao Poder Público que deve se valer do instituto do concurso público (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 89).

Por outro lado, os trabalhadores não estão totalmente destituídos de liberdade contratual nas relações justralhistas. Assim, pode-se afirmar que os contratos de trabalho estariam em uma situação intermediária. Tal conclusão é extraída da seguinte passagem:

Ademais, não se pode ignorar que algumas das restrições a direitos fundamentais do trabalhador decorrem da relação contratual, cuja formação depende do consentimento do empregado. Se, por um lado, não se pode ignorar que a autonomia contratual pode ser mera fachada para imposições heterônomas, violadoras de direitos, impostas pela parte mais forte, por outro, tampouco se deve reduzir a zero a possibilidade de autodeterminação dos próprios interesses pelos trabalhadores, tratando-os como se fossem sujeitos incapazes (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 89-90).

Diante desse desequilíbrio, é preciso saber conciliar o respeito aos direitos individuais dos empregados com as necessidades advindas da atividade produtiva na qual o trabalhador está inserido. Para isso, a solução a ser buscada não deve assumir “posição excessivamente paternalista” nem ser “insensível diante da opressão privada, que pode ocorrer sob a fachada da autonomia contratual” (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 92-93).

Acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, impende trazer a lume o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto. A Corte manifestou-se, na Opinião Consultiva nº18⁴⁰, em de 17 de setembro de 2003, em seu

⁴⁰ O México, em 10 de maio de 2002, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos que se manifestasse acerca do fato de que os trabalhadores imigrantes estavam sendo privados do direito de gozo e exercício de seus direitos laborais. Questionava-se isso diante da obrigação dos Estados americanos de garantir da igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, incluídas aquelas oponíveis erga omnes frente a consecução de certos objetivos de política interna do Estado americano (COSTA RICA, 2003, p. 1).

parágrafo 137 que não basta haver referência a obrigações de respeito a direitos humanos de trabalhadores imigrantes, essas obrigações precisam ter alcance e efeitos para os Estados e terceiros. No mesmo sentido, a Corte afirmou em seu parágrafo 140 que existe uma obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos nas relações entre particulares (COSTA RICA, 2003, p. 126).

3 DIREITO À INFORMAÇÃO DO EMPREGADOR X DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR

3.1 Direito à informação

3.1.1 Evolução constitucional do direito à informação no Brasil

Desde a Carta Imperial de 1824, a liberdade de expressão e comunicação já foi protegida expressamente no Direito Constitucional brasileiro, que permitia, em seu artigo 179, IV, que qualquer pessoa comunicasse os seus pensamentos, palavras, escritos, podendo publicá-los na imprensa, sem a necessidade de passar por prévia aprovação⁴¹.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, por sua vez, manteve a garantia constitucional da “manifestação do pensamento” durante a República, nos termos do artigo 72, §2º⁴².

Seguindo o caminho das constituições anteriores, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 e a de 1937, nos artigos 113, §9º⁴³ e 122, §º 15⁴⁴,

⁴¹ Art. 179 da Carta Imperial de 1824: A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

1º) Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

2º) Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública.

3º) A sua disposição não terá efeito retroativo.

4º) Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma, que a lei determinar.

⁴² Art.72 da Constituição de 1891: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

(...)

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

⁴³ Art. 113, da Constituição de 1934: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

⁴⁴ Art. 122 da Constituição de 1937: A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942) A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir

respectivamente, preservaram expressamente a liberdade de expressão. Entretanto, é preciso destacar que o mencionado dispositivo constitucional da Carta de 1937 trouxe a possibilidade de o aludido direito sofrer limitações legais, o que, de fato, ocorreu com o Decreto 10.358/42, que suspendeu os direitos e garantias constitucionais.

A Constituição de 1946, que chegou com a redemocratização do país, após a Ditadura do Estado Novo, possibilitou o retorno do direito de liberdade de expressão, através do seu artigo 141⁴⁵.

O direito à liberdade de expressão foi restringido pelo Ato Institucional nº 2 de 1965 e volta à ordem constitucional brasileira através do §8º do artigo 150⁴⁶ da Constituição de 1967.

Na Constituição de 1988, o direito de informação como um todo está previsto em diversos dispositivos constitucionais: artigo 5º, incisos IV, X, XII, XIV, XXXIII, XXXIV (alínea “b”), LX, LXXII; art. 37, §3º, inciso II; artigo 93, IX; artigo 216, §2º; artigo 220 e parágrafos, além de outras manifestações normativas por força da cláusula de abertura do §2º, artigo 5º, que estende o rol dos direitos fundamentais, abrangendo diretos que estão fora do corpo formal da Lei Fundamental.

a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos.

⁴⁵ Art. 141 da Constituição de 1946: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º - E livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

⁴⁶ Art. 150 da Constituição de 1967: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

3.1.2 Estado Democrático de Direito e o direito constitucional de informação

O *caput* do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988 preceitua que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o Estado brasileiro é, primeiramente, um Estado democrático, razão pela qual deve sempre procurar assegurar a observância do princípio democrático como um todo, envolvendo as suas diversas nuances.

De acordo com Celso Antonio Pacheco Fiorillo, dentre as diversas facetas do princípio democrático, podem ser citadas as democracias econômica, social, cultural e dos meios de comunicação social. A democracia econômica está associada aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, buscando assegurar a todos existência digna (arts. 1º, III e IV, e 170 da CF/88). Já a democracia social está atrelada ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, II e III, e art. 6º da CF/88). A democracia cultural, por sua vez, está vinculada à cidadania, dignidade da pessoa humana e cultura (art. 1º, II e III, 215 e 216, da CF/88). Por último, tem-se a democracia dos meios de comunicação social que tem o escopo de promover o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, e 220 a 224 da CF) (FIORILLO, 2015, p. 25).

Ainda sobre este princípio, é preciso destacar que o crescimento da participação democrática na vida social está vinculado ao aumento da divulgação da informação, razão pela qual o direito de informação exige uma transparência que ultrapassa a defesa dos interesses individuais (ANDRADE, 2001, p. 63).

O direito de informação foi anunciado pela Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, através do seu artigo 19, que dispõe que todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão e, conseqüentemente, o direito de não ser perturbado pelas opiniões exteriorizadas, bem como o direito de procurar, receber e divulgar informações e ideias por qualquer meio de difusão de informações.

De acordo com os ensinamentos de André Ramos Tavares, o direito de informação e o direito de acesso à informação são direitos conexos da liberdade de expressão. Nesse sentido, cabe transcrever a seguinte passagem:

Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão (TAVARES, 2005, p. 219).

Nas lições de Joaquín Urías, o direito em tela está atrelado à liberdade de transmitir e de receber informação e corresponde à sistematização das normas, de qualquer entidade, que regula as informações vinculadas em um dado Estado. Normas reguladoras de contratos aplicáveis nos meios de comunicação, impostos pagos pelos jornais e revistas e normas provenientes de negociações coletivas envolvendo categorias profissionais vinculadas aos meios de comunicação seriam apenas alguns exemplos de normas que fazem parte do arcabouço normativo do direito à informação (URÍAS, 2014, p. 15-16).

Destaque-se que o exercício legítimo do direito à informação implica na observância de três requisitos, quais sejam: a veracidade da informação; a relevância pública da informação e a possibilidade de divulgação da informação por qualquer meio de difusão (URÍAS, 2014, p. 109-110).

Seguindo os ensinamentos de Bárbara Svalov, o direito da informação, contemplado em sua dimensão integral, está positivado constitucionalmente em três vertentes de informação, quais sejam: o direito de informar, previsto no artigo 220 da CF/88; o direito de se informar, disposto no artigo 5º, inciso XIV, da CF/88 e o direito de ser informado, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88 (SVALOV, 2012, p. 60).

Nesse mesmo sentido, Ingo Sarlet e Carlos Alberto Molinaro dispõem que o direito de informação “se tenciona nas ações de informar, informar-se e de ser informado” (2016, p. 16).

O direito de informar representa a possibilidade de as pessoas difundirem informação, ou seja, a liberdade para poder divulgá-la. Para Ingo Sarlet e Carlos Alberto Molinaro, o direito de informar avoca, em regra, uma dimensão individual, sem prejuízo de sua natureza coletiva (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 16).

Garante-se, assim, com o direito de informar, a democracia dos meios de comunicação e o exercício da comunicação jornalística sem censuras, permitindo o pleno desempenho da liberdade jornalística e, conseqüentemente, a formação da opinião pública.

Acerca do tema, Bárbara Svalov afirma que a liberdade jornalística representa uma garantia constitucional necessária e de extrema importância para a formação da opinião pública e corresponde a “um dos pressupostos essenciais da democracia, já que o indivíduo somente tem condições de participar do mundo em que vive se tiver acesso e conhecimento dos fatos relacionados ao seu redor” (SVALOV, 2012, p. 61).

No tocante à liberdade de informar, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal, confirmando o seu posicionamento favorável ao pleno exercício da liberdade de informar,

julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF- 130/DF, declarando que a lei 5.250/67 (lei de imprensa) não foi recepcionada pela ordem constitucional vigente e, na ADPF 4815/DF, decidiu pela desnecessidade de autorização do biografado para a publicação de biografia.

O direito de se informar, por sua vez, consiste no direito que se tem de procurar novas informações, permitindo que todos os indivíduos possam pesquisar, sem que haja interferências do Poder Público, exceto nas hipóteses em que haja sigilo profissional. Corresponderia, assim, em um direito subjetivo de acessar informação (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 16).

Destaque-se que, no tocante às informações constantes de bancos ou cadastros públicos ou de caráter público, relativas ao próprio indivíduo interessado, há a possibilidade do manejo do *habeas data*, uma ação constitucional prevista no artigo 5º, LXXII, da CF, que permite o acesso privilegiado de informações pessoais do impetrante e o direito de corrigi-la, em caso de erro.

Já o direito de ser informado corresponde à possibilidade de receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, ressalvadas aquelas vinculadas à segurança da sociedade e do Estado, cujo sigilo seja imprescindível.

Saliente-se que a Constituição Federal estabelece que o Estado tem o dever de atuar com transparência, razão pela qual deve compartilhar as informações que detém com a coletividade. Nesse sentido, a Carta Magna incluiu a publicidade no rol dos princípios diretivos da Administração Pública (*caput* do artigo 37), assegurou o direito à informação detida pelo poder público (artigo 37, § 3º, inciso II, artigo 216, §2º e artigo 216-A, §1º, inciso IX) e estipulou o dever de motivação dos atos do Poder Judiciário e a publicidade dos julgamentos como regra (artigo 93, inciso IX).

Dessa forma, o direito de ser informado consiste no direito da coletividade (do sujeito plural de direito) de receber informações em poder do Estado, seus agentes, suas instituições e mesmo entes privados com interesses vinculados à Administração (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 16).

O exercício do direito da informação, como um todo, é essencial para o desenvolvimento democrático da sociedade, correspondendo, nas lições de Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro, ao “direito humano ao saber”:

Como resultado da democratização das relações de poder, podemos identificar a existência de um “direito humano ao saber”, resultado-primeiramente, no plano político – das liberdades públicas conquistadas no processo civilizatório. A liberdade de informação e de acesso à informação, além de direitos humanos e fundamentais de alta relevância, representam técnicas democráticas de alta densidade na conformação das relações humanas numa determinada comunidade política e social. Na atualidade, é possível reunir tais direitos e os deveres que lhe são inerentes numa disciplina jurídica que acabou por ser denominada Direito da Informação (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 11).

Para melhor compreender o tema do direito de informação na sociedade da informação, é necessário abordar as peculiaridades daquele direito no meio virtual.

3.1.3 Direito de informação na internet

De acordo com os ensinamentos de Joaquín Urías, a natureza própria de cada meio de comunicação propicia especificidade em relação ao exercício do direito de informar. No tocante à rede de alcance mundial (*world wide web* - *www*) e as plataformas conhecidas como redes sociais *on-line*, observa-se que elas têm como principal característica a transmissão global de informações com a intenção de formar a opinião pública. Para o autor, a titularidade do exercício do direito de informar e ser informado nestes meios de comunicação é universal, qualquer pessoa pode se valer da internet para fazer usos dos mencionados direitos (URÍAS, 2014, p. 76).

Em relação aos efeitos da comunicação virtual, é preciso frisar que o número de possíveis destinatários das informações trazidas pela internet é extremamente vasto. A informação na internet é muito mais acessível do que os meios tradicionais de comunicação, razão pela qual os efeitos negativos advindos de violação a direitos fundamentais são indubitavelmente maximizados (URÍAS, 2014, p. 76).

Uma particularidade que a rede mundial de computadores detém é a ampla possibilidade de interação entre os seus usuários, razão pela qual, muitas vezes, é difícil distinguir emissor e receptor da informação. Os usuários encontram facilidade para propagar informações alheias e, muitas vezes, utilizam-se desta facilidade para reproduzir informações sem antes averiguarem se elas são verídicas.

Para o autor Joaquín Urías, a difusão de informações alheias no mundo virtual é uma forma de assumir a autoria e responsabilidade pelas informações divulgadas (URÍAS, 2014, p. 76).

Assim, eventuais lesões aos direitos fundamentais na internet tendem a ser mais graves, ante ao amplo leque de destinatários da informação e ao prolongado tempo de exposição no ambiente cibernético. Essas peculiaridades e especificidades devem ser avaliadas no caso concreto nas celeumas envolvendo tais questões.

3.1.4 O direito de informação do empregador

O Código de Trabalho Português prevê expressamente no seu artigo 106, item nº 2 que “o trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da atividade laboral”. Assim, o empregado deve cientificar o empregador sobre circunstâncias que possam prejudicar o exercício de suas funções laborais.

Diferentemente do que ocorre no ordenamento português, no Brasil inexistente uma previsão específica que discipline a matéria. Sem embargo, o empregador tem o direito constitucional à informação nas diversas nuances desse direito, conforme previsão constitucional (artigo 220 da CF/88; artigo 5º, inciso XIV e XXXIII, da CF/88), que confere expressamente o direito à informação de maneira genérica. Além disso, pode-se dizer que o direito à informação do empregador é também extraído de outras disposições legais e constitucionais, consoante será adiante visto.

Dispõe o artigo 2º, da CLT, que o empregador assume os riscos da atividade econômica, admite e assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço⁴⁷. Diante dessa disposição, acompanhada dos direitos à liberdade contratual e direito de propriedade (artigo 5º, II e XXII e 170, II, todos da CF⁴⁸), confere-se, a princípio, autonomia ao empregador na

⁴⁷ “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.

§ 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”.

⁴⁸ “Art. 5º, da CF: 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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;”

escolha daqueles que irão trabalhar para ele, bem como na liberdade para eleger aqueles que podem permanecer nos seus quadros, o método de controle das atividades dos seus colaboradores, mecanismos de segurança em suas instalações, etc. Trata-se, em verdade, do poder de direção que o empregador possui.

Pode-se dizer que o direito à informação do empregador seria corolário do poder de direção ou dizer que eles são conexos. O que não se pode negar é que há uma íntima relação entre eles. Para melhor elucidar a temática, impende abordar o conteúdo do poder de direção.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o poder de direção é também denominado de poder organizativo ou poder de comando. De acordo com o autor, esse poder corresponde ao conjunto de prerrogativas essencialmente conferidas na figura do empregador e são direcionadas à organização interna do espaço empresarial, inclusive no tocante ao *modus operandi* do trabalho executado no estabelecimento, especialmente no que toca à maneira em que o trabalho é exercido (DELGADO, M., 2016. p. 734).

Entretanto, o poder diretivo conferido ao empregador não é ilimitado. De acordo com Laert Mantovani Júnior, “este direito não é absoluto, devendo estar de acordo com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais que têm, por finalidade, proteger a pessoa do trabalhador de eventuais danos que possa sofrer no exercício de suas funções” (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 81).

O poder de direção também está intimamente relacionado também com um dos requisitos essenciais para a formação do contrato de emprego: a subordinação. Maurício Godinho Delgado conceitua empregado como sendo “toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação” (DELGADO, M., 2016, p. 378).

A subordinação em comento refere-se à execução da atividade, trata-se de uma subordinação jurídica, decorrente da relação trabalhista estabelecida entre as partes. Assim, o empregado não se encontra em uma posição de submissão à figura do empregador, sendo equivocado usar a expressão subordinação pessoal. Em verdade, a subordinação vincula-se ao

“Artigo 170, da CF: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada;”

serviço a ser desempenhado e tem um caráter patrimonial já que o empregador é credor do trabalho do empregado (BARROS, 2016, p. 178).

A legislação não estabelece expressamente limites ao poder diretivo do empregador. Nessa direção, “o grande problema é que não há uma linha exata e distinta que estabeleça onde começa e termina o poder de subordinação do empregado e nem sempre é fácil distinguir tal poder com as novas tecnologias de trabalho e os novos meios de informação” (CALVO, 2013, p. 57).

Nesse sentido, questiona-se como conciliar o estado de subordinação, inerente ao contrato de trabalho, com a proteção aos direitos fundamentais do trabalhador? Trata-se de um paradoxo que, segundo Ricardo de Paula Alves, retrata um grande desafio do Direito do Trabalho (ALVES, 2005, p. 368).

Ora, em um regime democrático, o indivíduo não pode ter os seus direitos fundamentais vilipendiados, ainda que o contrato de trabalho imponha limites e condições em sentido diverso. No desempenho da sua atividade, o empregador utiliza mecanismos informatizados, os quais, através de uma análise abstrata, entram em colisão com os direitos fundamentais dos empregados.

Em determinadas situações, a informática e os meios de comunicação, como o uso de e-mails corporativos, câmeras de vigilância, acesso a redes sociais, são utilizados pelas sociedades empresariais como instrumentos para que os empregadores obtenham informações acerca do exercício do labor do empregado.

Entretanto, tais mecanismos muitas vezes permitem a invasão da vida privada do trabalhador, e, em alguns casos, servem como ferramentas para a realização de discriminações, conforme será explorado mais adiante.

Não se está aqui questionando o uso da tecnologia da informação e comunicação pelas empresas. De fato, essa tecnologia é um inegável mecanismo de gestão de pessoal utilizado em várias empresas e traz inúmeros aspectos positivos, como, por exemplo, agilizar a dinâmica empresarial e otimizar recursos. Nesse sentido são as lições de Laert Mantovani Júnior:

A tecnologia do mundo contemporâneo contribuiu de forma significativa para que o empregador possa realizar sua atividade com maior qualidade, produtividade e rentabilidade. Os meios eletrônicos também se tornaram importante ferramenta de controle e fiscalização realizados no meio ambiente de trabalho (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 83).

Em verdade, o que se deve observar são os limites do direito à informação do empregador. Questiona-se, assim, até que ponto as ferramentas tecnológicas para a obtenção das informações podem ser utilizadas pelo empregador no exercício do poder de direção.

3.2 Direito à privacidade

3.2.1 Diferenças semânticas entre os termos intimidade e vida privada

Os direitos à intimidade e à privacidade estão expressamente salvaguardados pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante se extrai do inciso X, do artigo 5º, da Carta Cidadã. Acrescente-se, ainda, que tais direitos são mencionados explicitamente no §1º, do artigo 220, da Carta Republicana, como limites à liberdade dos meios de comunicação.

A teoria jurídica tradicional considera os mencionados direitos como sendo derivações do princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1º, III, da CF), utilizado como “critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional inaugurado em 1988” (PIOVESAN, 2007, p. 327).

Nesse sentido, cumpre trazer à baila, a conceituação elaborada por Amaury Haruo Mori: “Em termos gerais, entende-se por privacidade o bem juridicamente protegido pela necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana, que garante ao seu titular o poder de excluir do conhecimento alheio situações inerentes à sua intimidade e vida privada” (MORI, 2011, p. 33).

Acerca das previsões legislativas e dos mencionados direitos, cumpre salientar que o Código Civil (2002) ao tratar dos direitos da personalidade (do art. 11 ao art. 21) também dispõe expressamente sobre a proteção à vida privada no seu artigo 21⁴⁹, prevendo a sua inviolabilidade e estabelecendo que o juiz adotará as medidas necessárias para impedir ou cessar ato que viole o aludido direito fundamental.

A CLT, por sua vez, não faz menção aos direitos à intimidade e à privacidade, mas por serem direitos consagrados na Carta Máxima brasileira, já eram oponíveis contra o empregador. Assim, independentemente do local onde os titulares desses direitos se

⁴⁹ Art. 21 do Código Civil: 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.

encontrem, como o estabelecimento empresarial, por exemplo, eles devem ser sempre protegidos (BARROS, 2009, p. 39).

Vale destacar, entretanto, que a CLT tem um dispositivo legal, incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999, que protege o direito à privacidade da mulher no tocante à revista íntima. Trata-se do artigo 374-A, inciso VI⁵⁰, no capítulo que III, título III (Proteção ao Trabalho da Mulher) que proíbe o empregador de realizar a revista íntima nas suas funcionárias⁵¹.

No tocante à revista íntima, impende frisar que em 15.04.2016 foi promulgada a Lei nº 13.271 que dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho. O artigo 1º da referida lei dispõe que “As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino” e impôs no seu artigo 2º multa nos casos de descumprimento e nos casos de reincidência⁵². A aludida lei tinha disposição específica para dispor acerca da revista íntima em ambientes prisionais, mas foi objeto de veto presidencial.

A nova lei que trata sobre a revista íntima, seguindo os passos da lei anterior, não incluiu no seu manto protetivo os homens. No entanto, a jurisprudência certamente irá interpretar a aludida lei sob o olhar constitucional, com fulcro no princípio da igualdade. Essa linha de raciocínio é também defendida por Georgenor de Sousa Franco Filho (2016, p. 28).

É oportuno trazer à baila uma hipótese de violação ao direito de privacidade do empregado que foi revogado em 2010. Trata-se do artigo 508 Celetista que previa que deveria ser considerada justa causa, para fins de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívidas que são legalmente exigíveis.

Com base no artigo 508 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), alguns empregadores buscavam obter informações financeiras dos empregados e, conseqüentemente, violavam a vida privada deles neste aspecto. Acertadamente, a lei 12.347/2010 revogou o mencionado dispositivo, tendo em vista que, além das informações sobre dados financeiros

⁵⁰ Artigo 373-A, da CLT: Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

⁵¹ O artigo 5º, I, da Lei Maior assegura o tratamento igualitário aos homens e mulheres, razão pela qual o artigo 374-A, VI, da CLT deve ser extensivamente aplicado aos homens.

⁵² Art. 2º da lei 13.271: Pelo não cumprimento do art. 1º, ficam os infratores sujeitos a:

I - multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher;

II - multa em dobro do valor estipulado no inciso I, em caso de reincidência, independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal.

dos empregados serem dados sensíveis atrelados à privacidade deles, o uso de tais informações no âmbito laboral têm nítido caráter discriminatório.

Vale citar que o PL 7756/2010 (originalmente Projeto de Lei 266 de 2008, de autoria do senador Mario Couto) propõe acrescentar o artigo 12-A⁵³ à CLT com a previsão de que é proibida a consulta a banco de dados e cadastro de proteção ao crédito para fins de seleção e admissão de emprego, sob pena de multa que pode chegar até R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), além de prever a possibilidade de indenização por dano moral ao trabalhador. Atualmente, passados sete anos, o aludido projeto de lei ainda não entrou pauta no plenário da Câmara dos Deputados.

Cumprе salientar, ainda, que o parágrafo único do artigo 8º⁵⁴ da CLT estabelece que o direito comum seja fonte subsidiária do direito do trabalho, desde que haja compatibilidade com os princípios fundamentais do direito do trabalho. Nesse diapasão, as disposições do direito à privacidade condidas no Código Civil são aplicáveis no Direito do Trabalho, naquilo que couber.

Na língua portuguesa, os termos privacidade e intimidade são utilizados como sinônimos e a sua proteção é essencial para a convivência entre os homens (BARROS, 2009, p. 34). Não obstante vários autores e a jurisprudência não distingam, ordinariamente, os conceitos de privacidade e intimidade, há os que dizem que este direito está inserido naquele, que é mais amplo (MENDES; BRANCO, 2012, p. 318).

A Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico, não possui palavras inúteis, razão pela qual seria equivocado admitir que as duas terminologias fossem usadas para designar o mesmo direito individual. Em verdade, os conceitos em exame são muito próximos, mas não coincidentes.

Embora o direito à intimidade, assim como o direito à vida privada, tenha a finalidade de proteger o ser humano na sua individualidade, os aludidos direitos possuem campos de

⁵³ Artigo 12-A: É vedada a consulta a banco de dados e cadastro de proteção ao crédito, mantidos por pessoas jurídicas públicas ou privadas, para fins de seleção e admissão de empregados.

Parágrafo único: A infração ao disposto neste artigo autoriza a aplicação de multa, pelo órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, fixada em, no mínimo, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, no máximo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sem prejuízo da reclamação por dano moral promovida pelo trabalhador, cuja indenização mínima será de 10 (dez) vezes o valor do salário oferecido para o cargo ou função.

⁵⁴ Art. 8º, da CLT: 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.

proteção diversos. De acordo com o alemão Heinrich Henkel, que desenvolveu a teoria dos círculos concêntricos, a esfera privada, entendida em seu sentido amplo, abarca três círculos concêntricos: o círculo da vida privada em sentido restrito, que contempla o círculo da intimidade no qual estaria inserido o círculo do segredo (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 37-38).

Acerca do tema, impende trazer as lições do Professor Amaury Haruo Mori (2011, p. 33): “Em termos gerais, entende-se por privacidade o bem juridicamente protegido pela necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana, que garante ao seu titular o poder de excluir do conhecimento alheio situações inerentes à sua intimidade e vida privada”.

O direito à privacidade abrange as relações dos indivíduos com pessoas que lhe são próximas. Está atrelado aos comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, bem como as relações profissionais e comerciais que os indivíduos não pretendem que cheguem ao conhecimento do público em geral (MENDES; BRANCO, 2012, p. 318).

Acerca da evolução do direito à privacidade, Georgenor de Sousa Franco Filho comenta que “a garantia à privacidade teve, nos Estados Unidos, uma expressiva evolução. A partir do direito de estar sozinho, defendido pelo Juiz Thomas McIntyre Cooley⁵⁵, passando pelo artigo O direito à privacidade, de Warren e Brandies, na Harvard Law Review⁵⁶” (FRANCO FILHO, 2016, p. 22).

Ressalte-se que, em um aspecto geral, observa-se que o direito à vida privada, como qualquer princípio fundamental, não é absoluto. Assim, é permitida a restrição ao direito de privacidade a partir do consentimento do próprio indivíduo, já que os direitos fundamentais, mesmo não sendo passíveis de renúncia plena, comportam formas de autolimitação.

O direito à intimidade, por sua vez, abarca as conversações e os episódios ainda mais íntimos, intrinsecamente ligados às relações familiares e de amizades mais próximas. Assim, vincula-se àquilo que é íntimo à própria pessoa, como, por exemplo, os seus anseios, desejos, segredos e relacionamentos afetivo-sexuais. De acordo com Ronaldo Nunes Ferreira, “o

⁵⁵ A decisão do magistrado americano é de 1873.

⁵⁶ O artigo “The Right do Privacy” de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis é apontado como um dos pioneiros a abordar o direito à privacidade. Os autores foram colegas de classe na Universidade de Harvard e depois se tornaram sócios em um escritório de advocacia. Embora o artigo seja do século XIX ele já constatava que o desenvolvimento das novas tecnologias facilitava a invasão à privacidade. A realidade tecnológica da época era a fotografia e essa realidade inspirou os autores a defenderem a mudança de paradigma protetivo em relação aos escritos e produções pessoais, afastando o princípio da propriedade privada e dando lugar para o da inviolabilidade da personalidade (WARREN, 1890).

direito à intimidade, que é espécie do gênero direito de personalidade, é direito que o indivíduo possui de estar sozinho” (FERREIRA, 2013, p. 39).

De acordo com Carlos Alberto Bittar, o direito à intimidade é de grande relevo no contexto psíquico da pessoa, que pode ser definido em si, com núcleo próprio a distingui-lo do direito à imagem, segredo e privacidade. Está atrelado a assuntos particulares ou íntimos da vida da pessoa, em sua consciência, ou em seu circuito próprio, abrangendo-se o seu lar, a sua família e as suas correspondências (BITTAR, C., 2015, p. 172-173).

Em verdade, o direito à intimidade está vinculado ao âmbito interior do ser humano mais profundo, mais recôndito ou escondido dentro dele. “É, assim, algo inacessível, invisível, que só ela conhece, onde ela só elabora ou constrói livremente seu próprio agir e onde se processa a sua vida interior. Na intimidade, a pessoa constrói-se e descobre-se a si própria” (ALONSO, 2005, p. 17). Em poucas palavras o magistrado americano Cooley, em 1873, sintetiza a definição do direito à intimidade como sendo o “direito de ser deixado em paz” (CARRASCOSA LÓPEZ *apud* BARROS, 2009, p. 35).

Distinguindo os direitos à intimidade e à privacidade, Ronaldo Nunes Ferreira sintetiza a diferença entre eles nos seguintes termos:

Há que pontuar que a esfera íntima tem abrigo na individualidade, ao passo que a vida privada é exterior ao indivíduo, mas circunscrito ao âmbito familiar, protegido dos olhares da comunidade. O objeto de tutela da intimidade é mais restrito, uma vez que visa garantir a proteção do âmago do ser do indivíduo. Assim o respeito pela intimidade impõe obstáculo à intromissão dos próprios entes familiares nos segredos do indivíduo, ainda que pertencentes ao mesmo núcleo familiar (FERREIRA, 2013, p. 42).

Ainda sobre a distinção entre os aludidos direitos, preciosos são os ensinamentos de Félix Ruiz Alonso que resume que a diferença entre eles está vinculada com a natureza humana, mais propriamente com os atos humanos, necessitando uma análise do campo em que esses atos estão relacionados, o âmbito interior ou exterior, para distingui-los (ALONSO, 2005, p. 18).

O autor esclarece o que seriam os atos humanos internos e externos, afirmando que os aludidos atos humanos são elaborados no seio da intimidade e, a partir daí, podem permanecer no seu interior (atos internos) ou aparecem externamente (atos externos). Continua a sua explicação aduzindo que a preparação do ato humano, assim como os atos humanos que continuam dentro do ser humano, atos internos, portanto, pertencem à intimidade. Já os atos

que a própria natureza reserva ou a pessoa pode optar por reservar para si, por não prejudicarem terceiros, pertencem à privacidade (ALONSO, 2005, p. 18).

Nos dias atuais, os direitos à privacidade e à intimidade estão ameaçados pela revolução tecnológica, que desencadeou um significativo aumento da velocidade da comunicação. O fluxo de divulgação e troca de informações e de dados pessoais são cada vez maiores e mais rápidos, fazendo com que as pessoas sejam diuturnamente vigiadas das mais diversas formas.

Nesse sentido, são as lições de Carlos Alberto Bittar ao tratar do direito à intimidade na atualidade:

Esse direito vem assumindo, paulatinamente, maior relevo, com contínua expansão das técnicas de virtualização do comércio, de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o à exposição permanente perante públicos os mais distintos, em seus diferentes trajetos, sociais, negociais ou de lazer. É fato que as esferas da intimidade têm-se reduzido com a internet e os novos meios eletrônicos (BITTAR, C., 2015, p. 173).

Muitas vezes, um simples clique de computador ou o uso do telefone celular é capaz de transpor distâncias e barreiras físicas, fazendo com que informações sejam compartilhadas em uma rapidez vertiginosa. Apagar os vestígios dessas informações é, na maioria das vezes, uma missão impossível.

3.2.2 Direito à privacidade do trabalhador

Durante muitos anos o Direito do Trabalho esteve assentado em uma proteção essencialmente tutelar, não permitindo, assim, uma abertura para a liberdade do indivíduo trabalhador no seio da empresa. Dessa forma, a proteção dos direitos fundamentais ocorria através da intervenção do Estado nas relações de trabalho ou mediante ações coletivas. Nesse contexto, não havia uma necessidade de integração dos planos individuais e coletivos para uma real garantia de direitos e liberdades individuais e, conseqüentemente, distinguir a vida privada dentro e fora da empresa tornava-se algo artificial (ALVES, 2005, p. 368-369).

Entretanto, continua o autor, diante de um diferente contexto, marcado pelo Estado Democrático de Direito e pela constitucionalização do direito do trabalho, faz-se imperioso encontrar um mecanismo para proteger os direitos fundamentais do trabalhador, entre eles o

direito à privacidade do trabalhador. E, nesse mister, é preciso observar que o conceito de ambiente empresarial não se restringe ao espaço físico, abrange também o âmbito virtual (ALVES, 2005, p. 368-369).

Nesse sentido, impende transcrever a seguinte passagem:

Assim, como deverá ser percebida uma proteção dos direitos fundamentais do indivíduo quando a noção de espaço físico empresarial se torna cada vez mais virtual (é quase desnecessário lembrar a evolução do trabalho em domicílio, do teletrabalho, assim como das novas tecnologias que suprimem a barreira do espaço e geram uma diluição nos conceitos de tempo de trabalho e tempo de descanso: telefones celulares, Internet, Pagers etc) (ALVES, 2005, p. 369).

De fato, a problemática envolvendo o direito à privacidade e intimidade ganha cada vez mais importância no âmbito do contrato de trabalho pelo fato de o empregador se utilizar de ferramentas tecnológicas para violar tais direitos, sob o pretexto de estar exercendo o poder diretivo, em especial o seu direito de propriedade (FERREIRA, 2013, p. 40).

Não existe norma trabalhista que trate expressamente do direito à vida privada do trabalhador, razão pela qual esse direito é protegido com fulcro no artigo 5º, inciso X, da CF/88. Pode-se dizer que a sua proteção à vida privada é requisito indispensável para a promoção de outro princípio: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio axiológico fundante da nossa Lei Maior.

Aspectos da vida pessoal do trabalhador chegam, ou podem chegar, ao conhecimento de empresas e empregadores, quando da contratação e, principalmente, durante a execução de tarefas laborais. Isso ocorre pelo fato de que muitas organizações empresariais impõem condicionamentos aos direitos à intimidade e à vida privada dos trabalhadores (DINIZ, 2008, p. 49).

De acordo com Ana Paola Diniz, todo instrumento de controle que ultrapasse o alcance dos deveres contratuais, que se relacione com condutas não atreladas à atividade contratada e alcance informações atinentes à vida íntima e privada do trabalhador, deve ser rechaçado (DINIZ, 2008, p. 49-50).

Sem embargo, o direito de se informar⁵⁷, que corresponde ao direito de colher informações, previsto no inciso XIV, do artigo 5º, da CF/88, não pode ser utilizado pelo empregador para afrontar a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

⁵⁷ De acordo com Bárbara Svalov, o direito à informação pode ser vislumbrado em três vertentes: o direito de informar, garantido expressamente pelo artigo 220, caput, da CF/88; o direito de se informar, previsto no inciso

De acordo com os ensinamentos de Bárbara Svalov, embora o direito à informação seja um direito fundamental, ele não é ilimitado, uma vez que seus limites são o direito à vida, à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem (SVALOV, 2012, p. 63).

Dessa forma, o fato de a Constituição garantir o direito à informação às pessoas e, ao mesmo tempo, assegurar ao cidadão a proteção aos direitos da personalidade, não configura uma contradição. Há, nestas situações apenas aparente colisão de direitos fundamentais, que deve ser resolvida de acordo com o caso concreto, através do princípio da proporcionalidade.

É preciso verificar e analisar os mencionados condicionamentos empresariais, já que as novas tecnologias da informação e comunicação disponibilizam inúmeras possibilidades de controle empresarial e os núcleos dos direitos em tela devem ser sempre preservados.

3.3 Direito à informação do empregador versus o direito à privacidade do trabalhador: uma análise da aplicação da máxima da proporcionalidade

Acerca da temática envolvendo a colisão de direitos fundamentais, primeiramente impende fazer a sua diferenciação com a concorrência de direitos fundamentais. De acordo com as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, a concorrência ocorre nas situações em que o mesmo comportamento individual completa os pressupostos de fato de mais de um direito fundamental na sua totalidade ou em algum dos seus segmentos (CANOTILHO, 2003, p. 1268).

O jurista português explica que a concorrência pode se dar através do cruzamento de direitos, no qual “o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias” ou através da acumulação de direitos que significa que “um determinado bem jurídico leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 1268-1269).

A temática envolvendo a concorrência de direitos oferece dificuldades nas situações em que os vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes, devendo determinar qual o direito deve prevalecer por possuir relevo decisivo. Canotilho explica que nessas situações duas soluções são possíveis: aplicar a norma constitucional especial existente, caso exista uma norma especial regulando um dos direitos fundamentais (trata-se de uma concorrência parcial ou inautêntica) ou aplicar os direitos fundamentais menos limitados ou

XIV do artigo 5º da CF/88, e o direito de ser informado, disposto no artigo 5º inciso XXXIII da Constituição Federal.

com mais elementos estruturantes de um direito fundamental na hipótese de não haver uma norma especial (CANOTILHO, 2003, p. 1270).

O ilustre jurista prossegue explicando o que seria realmente uma colisão de direitos fundamentais, conforme se depreende da seguinte passagem:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos (CANOTILHO, 2003, p. 1270).

Os direitos fundamentais são compostos por regras e princípios. Nessas linhas são os ensinamentos de Robert Alexy:

Segundo a construção estreita e rigorosa, normas que concedem direitos fundamentais não se distinguem, essencialmente, das outras normas do sistema jurídico. Elas têm, naturalmente, como normas constitucionais, seu lugar no grau extremo do sistema jurídico e seus objetivos são direitos, extremamente abstratos de maior importância, mas tudo isso—segundo a construção das regras — não é fundamento para alguma diferença fundamental do tipo estrutural. Elas são normas jurídicas e, como tais, elas são aplicáveis do mesmo modo como todas as outras normas jurídicas. Sua particularidade consiste somente nisto, que elas protegem determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente contra o Estado (ALEXY, 2015a, p. 106).

Há que se observar que existe uma diferença no tocante ao modo de solucionar os conflitos envolvendo regras e na colisão entre princípios.

Seguindo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, as regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definidos, sem qualquer exceção (direito definitivo) (2003, p. 1255). Nas palavras de Robert Alexy, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (2015b, p. 91).

Nessa perspectiva, Robert Alexy afirma que “um conflito entre regras somente poderá ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Dessa forma, nas hipóteses em que duas regras forem aplicáveis e tiverem consequências jurídicas que sejam contraditórias entre si, e essa incompatibilidade não puder ser suprimida pelo uso de uma cláusula de exceção, será necessário declarar pelo menos uma das regras inválida (ALEXY, 2015b, p. 92).

Já os princípios, segundo Canotilho, são normas que reivindicam a realização de algo, da melhor maneira possível e em consonância com as viabilidades fáticas e jurídicas. Não estão atrelados à lógica do tudo ou nada, razão pela qual não negavam, reivindicavam ou permitiam algo nesses termos. Em verdade, os princípios impõem a otimização de um direito ou de um determinado bem jurídico, observando a reserva do possível fática e jurídica (2003, p. 1255).

O presente estudo direciona-se à análise de colisão de princípios, uma vez que a temática do trabalho está vinculada à colisão de princípios constitucionais.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a colisão entre princípios ocorre quando dois princípios estabelecem consequências jurídicas incompatíveis para o mesmo ato, fato ou posição jurídica (SILVA, 2014, p. 50).

A doutrina de Robert Alexy ensina com maestria que, nas hipóteses de colisão entre princípios, um deles terá que ceder, mas não significa que o princípio cedente tenha que ser declarado inválido, tampouco significa que deverá ser inserida uma cláusula de exceção. Nessas situações, o problema deve ser solucionado através da fixação de relações condicionadas de precedência, ou seja, observar qual o princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2015b, p. 93).

Alerta, ainda, o filósofo alemão que a questão da precedência entre os princípios pode ser resolvida de forma diferente quando diante de outras condições. Nas palavras de Alexy, será analisada a dimensão de peso: “Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2015b, p. 94).

Sobre a colisão de direitos fundamentais, André Ramos Tavares elucidava que “os direitos fundamentais estão em permanente estado potencial de conflito” (TAVARES, 2005, p. 214) e analisa a temática em relação ao direito à privacidade, conforme se depreende da seguinte passagem:

O direito à privacidade, de natureza fundamental, não fugirá dessa problemática, posto que do outro lado da moeda aparecerá a liberdade de expressão e o seu sem-número de direitos conexos, como a liberdade de comunicação e de informação. A conflituosidade existente entre ambos invade diariamente as portas do Judiciário, clamando por uma conciliação/resolução (TAVARES, 2005, p. 214).

Para Canotilho, os direitos fundamentais não são direitos estanques, eles devem ser analisados, assim, em seu potencial, já que são considerados “direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjetiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas” (CANOTILHO, 2003, p. 1273).

O direito à informação, como qualquer direito fundamental, possui limites, não devendo ser entendido e aplicado como um direito absoluto. O direito em tela, consoante leciona Maria Cristina de Souza Alvim, deve passar pelo crivo da verdade e estar sempre vinculado a preceitos de ordem ética e aos valores reconhecidos pela sociedade, sob pena de muitas injustiças serem perpetradas fundamentadas na ideia de que uma determinada informação precisa ser divulgada para a coletividade (ALVIM, 2016, p. 173-174).

Preciosas são as palavras de André Ramos Tavares ao elucidar que a responsabilidade deve ser um salutar aspecto a ser observado, é a responsabilidade que deve ser sempre atentada no exercício do direito de liberdade de expressão e, conseqüentemente, nos direitos que lhes são conexos como o direito de informação. Afinal, o poder de fazer absolutamente tudo o que se deseja fere os preceitos de um Estado Constitucional de Direito (TAVARES, 2005, p. 217).

No dizer da mencionada autora, “o direito de informar traz um limite que é o direito de não informar, respeitando a privacidade do indivíduo”, sob pena de responsabilização (ALVIM, 2016, p. 175).

Acerca do tema, o enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, ocorrida nos dias 11 e 12 de março de 2013, em Brasília, indica as diretrizes básicas para a promoção do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Nesse sentido, impende transcrever o aludido enunciado:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mas especificadamente ao modo e a finalidade com que são lembrados (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2013, p. 90).

Sobre o assunto, Antoni Rogi Batalla destaca que, na Espanha, o Tribunal Constitucional reconhece que a celebração do contrato de trabalho implica um completo

conjunto de interesses contrapostos, de um lado estão presentes os interesses que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão e de outro há o direito de propriedade privada e liberdade da empresa (BATALLA, 2007, p. 21-22).

Continua o jurista espanhol aduzindo que o Tribunal Constitucional entende que o conflito acima estabelecido deve resolver-se mediante a técnica da ponderação dos interesses em jogo, não sendo possível menosprezar nenhum dos aludidos direitos de maneira absoluta (BATALLA, 2007, p. 23).

Nesse mesmo sentido são as lições de Júlio Ricardo de Paula Amaral. De acordo com o jurista, o fato de os direitos fundamentais dos empregados e empregadores não serem direitos absolutos, estando aptos a sofrer limitações, conduz o operador do direito a se valer do princípio da proporcionalidade na maioria dos casos de conflitos entre os aludidos direitos. Tal princípio tem plena aplicação no âmbito do Direito do Trabalho e, mesmo não sendo um método infalível, é a melhor opção para resolver os conflitos entre direitos, valores e bens de empregados e empregadores (AMARAL, 2014, p. 127).

Diante disso, os conflitos de princípios devem ser solucionados através da aplicação da ponderação, comumente denominado de concordância prática, harmonização. Trata-se de diferentes termos utilizados pela doutrina que possuem o mesmo significado (NUNES, 2011, p. 57).

Acerca da estrutura da ponderação, Robert Alexy ensina que, no direito constitucional alemão, a ponderação faz parte de um princípio mais amplo que é a proporcionalidade⁵⁸. Este princípio, por sua vez, é estruturado a partir de outros três princípios parciais que expressam a noção de otimização, quais sejam: dos princípios da idoneidade, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2015a, p. 110).

Os princípios da idoneidade e da necessidade estão vinculados à ideia de otimização relativa às possibilidades fáticas. A idoneidade estaria relacionada à concepção de que “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras”, já a necessidade estaria atrelada à escolha entre dois meios que promovam igualmente o princípio e, ao mesmo tempo permita intervir menos no outro princípio (ALEXY, 2015a, p. 110).

⁵⁸ De acordo com Humberto de Ávila, a proporcionalidade é um postulado normativo, ou seja, uma metanorma (encontra-se em um nível diverso do das normas), servindo de alicerce para a aplicação das normas, regra e princípios. Segundo o autor, os postulados não estabelecem a promoção de um determinado fim, nem preceituam diretamente um comportamento. Em verdade, os postulados têm o papel de estruturar a aplicação do dever de promover um fim e prescrevem os modos de raciocínio e de argumentação a ser aplicado nas normas (ÁVILA, 2005, p. 88-89).

A ponderação, também denominada de proporcionalidade em sentido estrito, consiste na observância de três etapas: primeiramente deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, em seguida, deve-se atestar a relevância do exercício do princípio em sentido contrário e, por fim, comprovar se a relevância do cumprimento do princípio em sentido contrário dispensa o não cumprimento do outro princípio (ALEXY, 2015a, p. 111).

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade, não obstante seja quase sempre denominada de princípio pela maioria da doutrina, deve ser entendida como uma regra, a regra da proporcionalidade (SILVA, 2014, p. 167).

Nesse mesmo sentido são as lições de Amauri Mascaro Nascimento que indicam que o princípio da proporcionalidade corresponde a uma regra de aplicação do direito que busca promover um equilíbrio na tomada das decisões “diante de duas opções possíveis: aquela que preserva o direito ou a liberdade e aquela que o restringe, ou sacrifica, porém num contexto em que o sacrifício é considerado proporcionalmente necessário”. Para o autor, cuida-se, em verdade, da “antiga lógica do razoável com outra roupagem e outro nome” (NASCIMENTO, 2011, p. 475).

Virgílio Afonso da Silva entende que a aplicação da regra da proporcionalidade na seara restrição de direitos fundamentais implica na observância de alguns procedimentos: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2014, p. 167-182).

A adequação existe quando a medida restritiva tem fim constitucionalmente legítimo, que, via de regra, corresponde à concretização de outro direito fundamental. Na aplicação regra da proporcionalidade deve-se, primeiramente, indagar: “A medida adotada é adequada para fomentar a realização de um objetivo perseguido?” (SILVA, 2014, p. 170).

A necessidade, por sua vez, seria a segunda etapa a ser observada na aplicação do princípio da proporcionalidade. A necessidade é um juízo comparativo, entre duas ou mais medidas restritivas que poderiam ser aplicadas no mesmo caso concreto, optando-se pela medida que seja mais eficiente para a realização da medida proposta e que restrinja menos o direito fundamental abalado⁵⁹ (SILVA, 2014, p. 171).

Por último, deve-se analisar se a medida atinge a proporcionalidade em sentido estrito, que se traduz em um sopesamento entre os direitos envolvidos e tem como função primordial impedir exageros e “evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam

⁵⁹ Como se tratam de duas variáveis, Virgílio Afonso da Silva assinala que é preciso escolher a variável mais importante. De acordo com o autor, deve se dar predileção à medida que restrinja menos direitos (SILVA, 2014, p. 172).

direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar” (SILVA, 2014, p. 175).

Acerca do juízo da ponderação, preciosas são as palavras de Rosana Marques Nunes que defende a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio de superior importância no ordenamento jurídico, razão pela qual deve sempre ser levado em consideração na colisão de direitos fundamentais (NUNES, 2011, p. 57).

À guisa de conclusão, arremata-se o tema sob a análise de que casos concretos envolvendo, de um lado, a liberdade de expressão e informação e, de outro, direitos à privacidade, devem ser solucionados à luz da teoria da ponderação, atentando-se sempre para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico de todo o ordenamento pátrio.

4 DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES NA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

4.1 A investigação de dados pessoais durante o processo seletivo e a repressão do empregador em relação ao conteúdo publicado pelo empregado

No decorrer do processo seletivo, muitos empregadores procuram escolher aqueles candidatos que apresentam o “perfil” que parece ser o mais adequado ao emprego. Para isso, as empresas utilizam ferramentas tecnológicas, como redes sociais e buscas *on-line*, para escolher os pretendentes que lhes pareçam ideais.

Compreende-se que o empregador deveria buscar informações atreladas à capacidade profissional do empregado, imprescindíveis para um eficiente desempenho laboral. Entretanto, na prática, alguns empregadores não se contentam com os mencionados dados e acabam invadindo a vida privada do candidato ao emprego para escolher características pessoais ou circunstâncias sem qualquer conexão com a natureza da prestação de trabalho a ser exercida (BARROS, 2009, p. 56).

Frise-se que a orientação jurisprudencial dominante francesa corrobora a doutrina acima mencionada, entendendo que as escolhas que estruturam intelectual e espiritualmente o indivíduo, como opiniões de cunho político-ideológico ou religioso, não devem influenciar as escolhas patronais de seus empregados (ALVES, 2005, p. 378).

Nesse sentido, é a doutrina de Gustavo Carvalho Chehab, consoante se depreende da seguinte passagem:

O processo de seleção de emprego é particularmente vulnerável a ataques da privacidade, especialmente para o empregado. Além disso, qualquer invasão da privacidade por meio eletrônico com o uso indevido de dados pessoais viola princípios a ele inerentes e, mais do que isso, atenta contra diversos direitos fundamentais, especialmente os mais afetos à dignidade da pessoa humana, ante o caráter de subsistência inerente à natureza alimentar da contraprestação pelo exercício do trabalho (CHEHAB, 2015, p. 75).

A título de exemplificação, a doutrina de Alice Monteiro de Barros ilustra que, no ordenamento jurídico pátrio, não existem proibições ao empregador de realizar indagações sobre o estado civil do empregado, fato que pode, inclusive, ser divulgado (BARROS, 2009, p. 121).

Todavia, proíbe-se que essa circunstância pessoal irrelevante, sem relação com o emprego, possa ser utilizada para fins discriminatórios, sob pena de afronta ao artigo 7º, XXX, da Constituição Federal, que veda a diferença de salário, de função e de critério de admissão, por razões de estado civil, sexo, idade ou cor. O princípio da igualdade deve ser sempre observado nas relações de trabalho, inclusive na fase pré-contratual, já que ele atua como limite à autonomia da vontade empresarial (BARROS, 2009, p. 121).

Vale destacar que até mesmo as organizações de tendências⁶⁰, empresas que são pessoas jurídicas de direito privado e estão atreladas a um conteúdo ideológico determinado (algum tipo de crença ou valor), não podem exceder os seus poderes de direção na vida extralaboral de seus empregados e buscar características no empregado ou candidato ao emprego que não sejam atreladas à função a ser desempenhada.

Nas palavras de Adriana Reis de Araújo, as organizações de tendência nasceram no Direito alemão, sendo que o trabalhador de tendência é aquele cuja prestação laboral está a serviço da divulgação da ideologia da organização de tendência e deve promover de maneira ativa o mundo dos valores, crenças e ideias de dita organização (ARAÚJO, 2013, p. 557).

No ordenamento jurídico pátrio não há disposição legal a respeito das organizações de tendência. Sem embargo, não se pode olvidar que os empregados, mesmo estando submetidos aos comandos empresariais típicos existentes nas relações empregatícias, são detentores de vários direitos e garantias individuais nos vínculos estabelecidos com essas organizações.

Nessa toada, o empregador não pode discriminar o empregado por motivos de convicção ideológicos, filosóficos ou religiosos, quando ocupam postos de trabalho que não estão diretamente atrelados a tais convicções.

Assim é a doutrina de Alice Monteiro de Barros, para a saudosa jurista mineira as indagações acerca de opiniões ideológicas devem se estender apenas aos que forem exercer tarefas cujo pensamento filosófico ou político seja imprescindível ao desenvolvimento da organização de tendência (BARROS, 2009, p. 121).

As lições de Amauri Mascaro Nascimento seguem na mesma direção, para o autor, o empregador não possui o direito de constranger o candidato a emprego ou mesmo aos seus empregados que forneçam informações atinentes à sua vida privada, à sua saúde, excepcionando as informações atreladas à natureza da atividade profissional que justifiquem

⁶⁰ Para Ricardo de Paula Alves as organizações de tendência são aquelas onde a aceitação de certa ideologia ou comportamento é tida como elemento do contrato de trabalho (ALVES, 2005, p. 378). Ordens religiosas e partidos políticos são exemplos de organizações de tendência.

ou que sejam necessárias e importantes para a avaliação da sua competência para o labor (NASCIMENTO, 2011, p. 464).

Acerca do tema, assevera Lígia Maria Costa Santos que, nas hipóteses em que o empregador questionar o empregado ou candidato ao emprego acerca de questões pessoais que não estão atreladas ao exercício do labor, surge para o trabalhador o direito de mentir. O aludido direito visa preservar a sua privacidade e evitar o cometimento de discriminações, já que, na prática, o obreiro não pode se furtar de responder a essas perguntas. A fim de esclarecer o assunto, faz-se mister citar a seguinte passagem:

De facto, a verdade é que a falta de resposta ou a contestação do trabalhador serão certamente entendidas pelo empregador como um indício de que a resposta não lhe seria vantajosa, originando, desde logo, práticas discriminatórias. A nosso ver, tanto a recusa a responder como a resposta verdadeira a questões ilegítimas têm como resultado o afastamento do candidato daquele processo de seleção, apresentando-se a mentira como a única solução possível para o trabalhador não ser excluído (SANTOS, 2014, p. 102).

Somente em relação aos empregados que estejam ligados a funções que sejam intrinsecamente atreladas à ideologia ou tendência da organização, é permitido à empresa cobrar o ideário particular de seus empregados. Isso ocorre pelo fato de que o próprio cumprimento das tarefas desses empregados reflete na expressão das ideias da organização.

Assim, as organizações de tendências podem exigir, a depender das tarefas exercidas pelos seus empregados, que os seus trabalhadores tenham comprometimento ideológico em consonância com os valores dessas empresas.

Dessa forma, os efeitos da tendência devem ser interpretados restritivamente. Ademais, o controle dessas empresas em relação à vida privada dos empregados que atuem em funções atreladas à ideologia da instituição deve sempre ser feita com razoabilidade e proporcionalidade.

Nas lições de Adriana Reis de Araújo, para a dispensa por justa causa de empregados de organizações de tendência, a relevância do dado ideológico, apta a ensejar a resolução contratual, deve se condicionar à simultânea concorrência de três elementos, quais sejam: a) o caráter ideológico da empresa, apreciado em razão da finalidade difusora e transmissora de um sistema de valores da organização; b) o desempenho de uma tarefa de alto conteúdo ideológico ou representativo por parte do empregado; c) a ocorrência de significativa

perturbação proporcionada pela discordância do trabalhador com o ideal da instituição (ARAÚJO, 2013, p. 599).

Nessa senda, não se pode admitir que as organizações de tendência atuem com abuso de poder. O direito protestativo de dispensa de tais organizações não pode violar direitos fundamentais do empregado, sendo possível vislumbrar a ocorrência de indenizações nessas situações. Assim, é a jurisprudência nacional. A título de exemplificação, impende trazer à baila um caso envolvendo um Professor de Química que ensinava em um colégio católico e foi despedido pelo fato de publicar e colocar à venda seu livro de piadas na livraria terceirizada do colégio. No caso, o aludido livro não era usado como material didático em suas aulas de Química e não atentava contra a finalidade principal ou os valores religiosos ínsitos à organização.

Na situação relatada, constatou-se que a instituição violou a liberdade de manifestação de pensamento intelectual e artística do empregado, exercendo com abuso o seu direito potestativo de rescisão contratual, sendo, portanto, condenada a pagar indenização por danos morais pelo Juízo de Primeiro Grau, o que foi mantido pela 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-1 - RO: 1908006520095010244 RJ, Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Data de Julgamento: 24/04/2013, Sétima Turma, DEJT: 05/06/2013).

No tocante às redes sociais, observa-se que o seu uso permite que os empregadores conheçam costumes, aspectos psicológicos e emocionais, situações pessoais dos trabalhadores, tais como: informações sobre a ideologia, religião, orientação sexual, existência de doenças e processos judiciais ajuizados pelos obreiros.

O modo de execução de uma rede social *on-line* estabelece que os seus usuários se exponham, apresentando informações pessoais através de “aspectos de uma vida passíveis de encontrarem expressão em formato digital”, tais como “dados indicativos, gostos, opiniões, mensagens, fotografias e vídeos” (DONEDA, 2012, p. 5).

Os perfis criados em redes sociais, na maioria das vezes, proporcionam a visualização de informações particulares de seus usuários, o que permite a obtenção de informações privadas das pessoas.

Da mesma forma que esse procedimento é utilizado na fase pré-contratual, ele é usado para fundamentar despedidas com base nesses mesmos critérios, devendo, a princípio, ser coibido, conforme se verá mais adiante.

Poderia se argumentar que o fato de as informações do empregado estarem disponíveis na internet, em redes sociais, por exemplo, faria como que tais informações se tornassem

públicas e, conseqüentemente, o acesso a tais informações não configuraria ofensa à privacidade do candidato ao emprego⁶¹.

De acordo com Alexandre Agra Belmonte, ministro do TST:

Nas redes sociais, a partir do momento que a pessoa escreve, coloca as fotos da família ou dos parentes, ela própria diminui a sua privacidade. Portanto, aquilo se torna público e pode ser utilizado de formas nem sempre previsíveis e controláveis (BELMONTE, 2012, p. 1).

Apesar disso, esse não é o entendimento defendido neste trabalho. É preciso observar que empregador não iria acessar tais informações caso o trabalhador não fosse candidato a emprego ou não estivesse inserido nos seus quadros.

O fato de o empregado colocar seus dados nas redes sociais não significa que esses direitos estão agora na esfera da vida pública ou, ainda, que essa situação configura renúncia ao direito à privacidade.

Ademais, o direito à privacidade do empregado ou candidato a emprego é irrenunciável na fase pré-contratual ou contratual da relação de emprego, já que não há, em regra, posição de igualdade entre as partes que permitam a livre negociação da restrição do direito.

Assim, o acesso de dados pessoais do candidato ao emprego ou de empregado, alheios ao labor do contrato de trabalho, representa, sim, invasão à privacidade.

As lições de Gustavo Carvalho Chehab corroboram com o pensamento aqui defendido, pois, segundo o autor:

No momento da seleção de emprego, o acesso ou a obtenção de alguns dados pessoais, sensíveis ou não, que fragilizem ou desnudem o empregado ou que não tenham relação com o emprego constitui invasão de privacidade e, em alguns casos, ensejam discriminação (CHEHAB, 2015, p. 76).

Ademais, o fato de as pessoas terem aceitado a política de privacidade contida nos sites das redes sociais, bem como oferecido seus dados pessoais voluntariamente, não permite o uso de tais informações para finalidades diversas, sob pena de evidente desvio de diversos

⁶¹ Independentemente de se entender que há violação ou não ao direito à privacidade nesses casos, é vedado ao empregador buscar informações e características dos candidatos ao emprego que sejam alheias ao desempenho do labor com o fito de promover seleções baseadas em critérios discriminatórios, sob pena de violação de outros direitos fundamentais, como o princípio da igualdade.

princípios tais como da finalidade, da adequação, da transparência e da boa fé e da lealdade (CHEHAB, 2015, p. 85).

A visão de Marina Santoro Franco Weinshenker segue essa linha de pensamento, a autora defende que as informações de cunho privado, ou extralaboral, disponíveis em redes sociais não deveriam, ser destinadas à consulta para fins de processo seletivo ou manutenção de emprego (WEINSHENKER, 2013, p. 67).

Assim, embora alguns doutrinadores estrangeiros, a exemplo de Marie-Charlotte Roques Bonnet e Jean- Emmanuel Ray, defendam a “necessidade de gestão de informação que cada indivíduo disponibiliza no meio virtual, de características da vida privada”, faz-se necessário buscar medidas adequadas no ordenamento jurídico pátrio para proteger a privacidade do empregado nessas situações (WEINSHENKER, 2013, p. 67).

Acerca dos riscos à privacidade que podem ser vislumbrados nas dinâmicas das redes sociais, o jurista Danilo Doneda alerta para alguns deles: a utilização de serviços de geolocalização por terceiros (compartilhamento de coordenadas geográficas precisas sobre a localização do usuário); a possibilidade de terceiros que não são usuários das redes terem seus dados difundidos (através de dados introduzidos por pessoas inscritas nas redes); a existência de vestígios da participação na rede mesmo após o cancelamento da inscrição do usuário (os dados inseridos ficam armazenados na central da rede *on-line*).

A fim de aprofundar o conhecimento sobre o tema, a empresa de *marketing Cross Tab* realizou uma pesquisa entre os dias 10 e 23 de dezembro de 2009, nos Estados Unidos, no Reino Unido, na França e na Alemanha sobre os detalhes dos processos seletivos que utilizam informações disponíveis na internet.

Após a pesquisa, na qual foram entrevistados 275 recrutadores, entre eles consultores e profissionais da área de recursos humanos e gerentes de cada um dos países, a empresa revelou no trabalho intitulado *Online reputation in a connected world* (CROSS TAB, 2010), publicado em janeiro de 2010, que as informações acerca da reputação *on-line* das pessoas estão, incrivelmente, se tornando um fator de análise durante o processo seletivo.

A investigação em tela revelou os tipos de sites de pesquisa *on-line* utilizados para obter informações de candidatos a emprego, quais sejam: sites de ferramentas de busca, sites de redes sociais, sites de compartilhamento de fotos e vídeos, sites de redes profissionais e de negócios, sites pessoais, blogs, novos sites de compartilhamento (como o *twitter*), fóruns *on-line* e comunidades, sites do mundo virtual, sites que reúnem informações pessoais, sites de jogos *on-line*, sites de verificação de experiência profissional, sites de classificados e de leilão.

Ademais, a pesquisa relatou os tipos de informações sobre a reputação dos candidatos que mais influenciam na decisão de rejeição do candidato: preocupação com o estilo de vida; comentários ou escritos inapropriados feitos pelo próprio candidato ou por amigos ou parentes; fotos, vídeos e informações inadequadas; comentários criticando ex-empregadores, colegas de trabalho ou parentes; associação a certos grupos ou redes; descobrimento de que as informações que o candidato apresentou eram falsas; fracas habilidades de comunicação exibidas *on-line* e preocupação com condições financeiras do candidato.

No Brasil, a maior empresa de recrutamento *on-line*⁶², Catho, publicou em 26 de junho de 2011 um artigo, de autoria de Tatiane Leiser, cujo título é “Seu processo seletivo começa nas redes sociais”.

De acordo com o artigo, “com a propagação do acesso a internet, o número de pessoas conectadas e usuários de redes sociais tende a aumentar, e com ele, o número de informações pessoais que passam a circular na rede também cresce”. Diante disso, os recrutadores de empresas utilizam cada vez mais as mídias sociais como ferramenta para colher informações acerca dos candidatos ao emprego e dos seus próprios funcionários.

Xavier Bieseul (2010), em seu artigo intitulado “Um empregador pode monitorar seus funcionários em redes sociais?”, noticia, em 27 de abril de 2010, que a empresa *Teneros* desenvolveu um dispositivo denominado de *Social Sentry* que permite monitorar diuturnamente as atividades de seus funcionários ou candidatos a emprego em mídias sociais como o *Twitter* e o *Myspace* (2010, p. 1).

O Portal G1, por sua vez, observando a influência do uso das redes sociais no processo seletivo, publicou em 18 de agosto de 2009 uma reportagem intitulada “Saiba como tirar proveito das redes sociais para conseguir emprego”.

Essa reportagem, feita com base em entrevistas realizadas com profissionais de Recursos Humanos de grandes empresas, revelou que as empresas costumam colocar o nome dos candidatos no *Google* e, assim, descobrem as mídias sociais que os candidatos a emprego participam e, posteriormente, acessam os sites relacionados para averiguar o conteúdo dos seus perfis.

Em 27 de maio de 2016, esse tema foi mais uma vez objeto de reportagem no Portal G1, através da matéria intitulada “Cuidado com as mídias sociais: seu futuro empregador está de olho”.

⁶² Segundo informações obtidas na *home page* da *Catho*, a empresa possui mais de 7 milhões de currículos cadastrados e recebe cerca de 3 mil novos currículos diariamente, funcionando como um classificado *on-line* de currículos e vagas.

De acordo com a reportagem, a empresa norte americana Career Builder realizou uma pesquisa com mais de 5 mil profissionais da área de contratação e constatou que 60% dos empregadores usam as redes sociais para pesquisar candidatos a emprego naquele país, sendo que há dez anos o percentual era de somente 11%.

Um importante dado revelado nessa pesquisa é que 49% dos candidatos ao emprego são eliminados do processo seletivo com base em informações obtidas na internet, sendo que as principais informações são: fotos, vídeos ou informações inapropriadas (46%); informações sobre o candidato bebendo ou usando drogas (43%); comentários discriminatórios sobre raça, religião, gênero, etc. (33%); críticas a outros empregadores ou colegas de trabalho (31%); baixa habilidade de comunicação (29%).

Ademais, a pesquisa em tela divulgou, ainda, que 41% dos empregadores afirmaram usar as redes sociais para pesquisar os atuais funcionários, sendo que 26% dos empregadores asseveraram já ter repreendido ou demitido empregado com base em informações colhidas nas redes sociais.

Vale destacar que, no atual cenário de crise econômica vivenciada no Brasil, marcada por uma debilidade produtiva, os candidatos às vagas de empregos estão mais propícios a terem a sua vida privada invadida durante as seleções de empregados. Nesse contexto, a escolha empresarial acaba sendo feita, em alguns casos, através de critérios discriminatórios.

Acerca do tema, María Teresa Alameda Castillo (2013) explica que esse mecanismo discriminatório nos estágios prévios ao contrato de trabalho, bem como no tocante à manutenção de empregos, ocorre com frequência na realidade espanhola e é algo que se agrava nos momentos de crise nas sociedades modernas, consoante se depreende da seguinte passagem:

[...] ante la debilidad del mercado de trabajo, los sujetos que buscan un empleo en los que se da alguna circunstancia diferenciadora potencialmente discriminatoria, tendrán significativas dificultades de conseguir un empleo. Así, los fenómenos de discriminación en el empleo se agravan en las sociedades modernas en que, además, la diversidad (racial, religiosa) es una realidad constatable. Para las personas más vulnerables es significativa la dificultad de acceso al empleo y su mantenimiento y, en ellas, aun cuando las situaciones de dificultad no arracan de la crisis, en ésta se acentúan (CASTILLO, 2013, p. 28).

Recentemente, em 17 de julho de 2016, o Portal da G1 lançou mais uma reportagem sobre o tema: “Empresas usam redes sociais para avaliar perfil de candidatos em S. José”. A matéria sinalizou que, diante do atual cenário, marcado por crise econômica, redução dos postos de trabalho ofertado e maiores exigências para as contratações, as empresas de São José dos Campos, no Estado de São Paulo, começaram a usar as redes sociais para investigar e avaliar o perfil dos seus funcionários, bem como de candidatos ao emprego.

Diante desse contexto, questiona-se a possibilidade de o empregador usar essas redes sociais como ferramenta empresarial para conferir o perfil dos candidatos ao emprego e dos funcionários. Para isso, primeiramente, observa-se as disposições da Consolidação das Leis Trabalhistas e constata-se que não há proibição expressa para tal comportamento empresarial nas normas celetistas. Pelo contrário, há um dispositivo expresso conferindo ampla liberdade ao empregador na contratação, administração e dispensa de seus empregados (artigo 2º, inciso II, da CLT).

Todavia, é preciso interpretar o mencionado artigo celetista à luz do princípio da privacidade, insculpido expressamente no artigo 5º, inciso X, da CF/88, constitucionalizando, assim, o aludido dispositivo da CLT. Assim, faz-se necessário, inicialmente, tecer considerações acerca da publicação de tais informações em redes sociais.

Conforme dito anteriormente, o fato de o empregado ou possível candidato à vaga de emprego possuir informações privadas divulgadas em sítios eletrônicos não autoriza a empresa a fazer uma análise progressiva e/ou atual da vida desses trabalhadores, a fim de obter informações alheias ao objeto do contrato de trabalho e que possam servir de fundamento para seleções pautadas em critérios alheios à função a ser desempenhada.

É essencial frisar que a sociedade global vivencia a era da sociedade da informação, na qual se cultua o uso de redes sociais e os indivíduos, muitas vezes, sentem-se incluídos e acolhidos somente com o uso de tais ferramentas de comunicação.

Sobre tal temática, faz-se imperioso transcrever as palavras de Tatiana Malta Vieira:

Cria-se a cultura da autoexposição na web. Para se sentirem “digitalmente incluídas” na sociedade da informação, algumas pessoas colocam-se em evidência de forma temerária, alimentando o firme propósito de serem “localizadas” na rede mundial de computadores por meio de motores de busca como o Google, Yahoo e Cadê, que levam às páginas nas quais detalhadas informações revelam seu perfil. Enfim, a internet, além de facilitar a violação da privacidade por terceiros, induz o usuário inconscientemente à autoexposição exagerada (VIEIRA, 2007, p. 216).

A princípio, as informações pessoais só devem ser fornecidas aos empregadores para atender às finalidades justificadas como, por exemplo, a religião professada pelo trabalhador para a adequação do horário de trabalho do empregado e a existência de filhos ou dependentes dos empregados que preencham os requisitos necessários para o recebimento do salário-família. Afinal, a função social da propriedade⁶³ (artigo 5º, inciso XXIII, e artigo 170, inciso III, da Carta Política) deve sempre ser observada na dinâmica empresarial.

Frise-se que o artigo 1º da lei 9029/65⁶⁴ estabelece expressamente que o empregador está proibido de utilizar qualquer mecanismo discriminatório e limitativo para efeito de acesso à relação de trabalho ou de sua manutenção.

Vale destacar que no XIV Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat) promovido pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), entre os dias 29 de abril e 02 de maio de 2008 em Manaus (AM) aprovou 47 enunciados entre eles o número 02 que trata sobre a proteção dos bancos de dados informatizados dos trabalhadores, conforme se depreende do seu teor, a seguir transcrito:

2. Banco de dados e intimidade informática no trabalho. Os bancos informatizados de dados permitem traçar o perfil ideológico, racial, sexual ou psicológico do trabalhador, podendo vulnerar o direito à intimidade ou ensejar práticas discriminatórias na empresa. O direito à intimidade informática do trabalhador está fundado nos princípios da finalidade e autodeterminação informativa. O primeiro impõe a conexão entre a informação cadastrada e um interesse empresarial legítimo, e o segundo pressupõe o consentimento inequívoco do trabalhador e a possibilidade de vindicar a alteração de dados, quando errôneos ou desatualizados (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2015, p. 153).

Ricardo de Paula Alves, a título comparativo, analisa a evolução legislativa francesa acerca da temática, bem como os princípios de orientação referentes. O autor destaca que um momento importante para o direito francês se deu em 1992, logo após a elaboração do

⁶³ O inciso XXII do artigo 5º da CF/88 garante a todos, inclusive aos empregadores, o direito de propriedade. Esse inciso deve ser interpretado em consonância com o inciso XXIII do artigo 5º da CF/88, que estabelece que a propriedade deverá atender a sua função social. Ademais, o artigo 170 da Lei Maior prevê, no seu *caput*, que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e no valor social do trabalho, devendo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Além disso, o inciso III do artigo 170 da CF/88 estabelece expressamente que a função social, ao lado da propriedade privada, é um dos princípios da ordem econômica.

⁶⁴ “Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88”.

relatório *Gérard Lyon Caen*⁶⁵, que trata sobre as liberdades públicas no emprego (ALVES, 2005, p. 371).

Esclarece o autor a importância do referido relatório na seguinte passagem:

Concebido num contexto de extremo desenvolvimento da informática, de novas técnicas de gestão de recursos humanos e de seleção de candidatos para contratação, o referido relatório proclama a necessidade do estabelecimento de uma relação de causalidade e finalidade nas informações exigidas dos candidatos, assim como na coleta de informações relativas aos empregados (ALVES, 2005, p. 371).

O relatório *Gérard Lyon Caen* traz em seu bojo uma diretriz para nortear a proteção de direitos fundamentais, estabelecendo que as restrições aos direitos fundamentais, só podem ocorrer se a natureza das tarefas as justificar, além de deverem ser proporcionais aos objetivos perseguidos⁶⁶ (ALVES, 2005, p. 371).

Nesse sentido, Buy Michel informa que a nova redação ao art. 121-6 do Código de Trabalho Francês, introduzida com a lei de 31 de dezembro de 1992, prevê que “as informações colhidas de um empregado só poderão ter por finalidade avaliar sua capacidade para ocupar um emprego ou suas aptidões profissionais” (MICHEL *apud* BARROS, 2009, p. 46).

No ordenamento italiano, por sua vez, o artigo 8º da Lei nº 300 de 1970 (Estatuto dos Empregados da Itália) veda ao empregador e aos seus prepostos fazer questionamentos ao candidato ao emprego ou ao empregado acerca de opiniões políticas, religiosas ou sindicais, que não tenham relação com as habilidades necessárias para o cargo ofertado ou exercido. O dispositivo em comento é corolário da liberdade de pensamento salvaguardada no artigo 21 da Constituição da Itália (BARROS, 2009, p. 42).

Saliente-se que o direito da privacidade, por ser um direito da personalidade inato ao indivíduo, implica que o trabalhador não possa dele dispor de maneira absoluta, mesmo que tenha sido celebrado pacto nesse sentido com o empregador ou futuro empregador. Assim, adverte Laert Mantovani Júnior:

Mesmo que as partes, de comum acordo pactuem que poderá o empregador, ilimitadamente, adentrar na intimidade ou vida privada do trabalhador em razão de seu poder diretivo, isto não poderá ter respaldo do ordenamento

⁶⁵ Eminent mestre da Universidade de Paris.

⁶⁶ O autor Ricardo de Paula Alves recorda que o conteúdo do enunciado do atual artigo L 120-2 do Código de Trabalho francês é nesse sentido (ALVES, 2005, p. 3710).

jurídico, uma vez que o núcleo desses direitos fundamentais deve ser preservado, a fim de que o contrato cumpra a sua função, que nada mais é do que o desenvolvimento desse trabalhador (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 107).

Vale destacar que, muitas vezes, os trabalhadores não têm ciência de que as informações pessoais fornecidas de modo irrefletido ou capturadas involuntariamente formam uma base de dados que é usada indevidamente pelas empresas. Nesses casos, as empresas utilizam tais dados para a construção de “perfis” que se encaixem nos modelos preconcebidos por elas.

Acerca do tema, impende trazer a lume as lições de Anderson Schreiber:

A massificação das relações sociais e econômicas torna cada vez mais difícil uma análise dessas informações em nível individual. Entidades públicas e privadas valem-se com frequência cada vez maior de padronizações para avaliar a infinidade de casos individuais. Nesse cenário, os dados pessoais fornecidos de modo irrefletido ou capturados involuntariamente são usados na construção de “perfis”, nos quais cada indivíduo acaba encaixando de acordo com características que o gestor das informações considera relevantes. Trata-se do chamado data mining, expressão utilizada para designar a atividade de extrair padrões de um determinado conjunto de dados. Dessa constante prospecção resulta risco significativo à dignidade humana, na medida em que a complexidade do ser humano acaba reduzida a certo perfil comportamental, construído, no mais das vezes, sem qualquer participação ativa do próprio indivíduo (SCHREIBER, 2014, p. 158).

O jurista Georgenor de Sousa Franco Filho alerta que a moderna globalização vivenciada pelas sociedades atuais acarreta uma grande mobilidade da mão de obra humana. Nesse contexto, surge uma maior violação aos direitos à privacidade e à intimidade, sob o pretexto de proporcionar um aumento de emprego e facilitar o acesso do trabalhador jovem ao mercado de trabalho, avalia-se previamente o candidato a emprego, inclusive através de pesquisas nas redes sociais, já que milhões de trabalhadores utilizam o *Facebook* e outras redes sociais (FRANCO FILHO, 2016, p. 24).

É importante frisar que o objetivo principal do empregador, ao invadir a vida privada do empregado nas redes sociais, é promover uma seleção ou manutenção de empregados nos seus quadros com base em critérios discriminatórios, algo que não é tolerado pelo ordenamento jurídico, diante da já mencionada irradiação das normas constitucionais para todos os ramos do Direito.

Nessa linha, é a doutrina de Alice Monteiro de Barros que defende que os métodos para

a escolha de empregados devem ser pautados na ética e limitados na avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções. As informações acerca da esfera da vida privada do empregado só são permitidas excepcionalmente, nas hipóteses que possuem pertinência para a execução das tarefas que serão desempenhadas, em nome da liberdade de contratação reconhecida ao empregador (BARROS, 2009, p. 63).

Nesse sentido, Sandra Lia Simón defende que a regra da não discriminação, corolário do princípio da igualdade, deve sempre nortear um processo de seleção, consoante se depreende do seguinte trecho:

Além de observar o princípio da não-discriminação, o empregador, no exercício do poder de direção, deverá limitar-se a tomar informações relacionadas às atividades profissionais que o candidato desempenhará se contratado, para aferir as suas aptidões. Consequentemente, não devem ser admitidos métodos que, sub-repticiamente, têm por objetivo “desvendar” aspectos da personalidade do candidato, no que diz respeito à sua esfera íntima e privada (SÍMON, 2000, p. 130).

No que diz respeito à promoção do princípio da igualdade no mundo do trabalho, Giancarlo Perone destaca que práticas discriminatórias frustram a plena expressão da personalidade daqueles trabalhadores que a sofrem, representando um atentado à justiça e à democracia e sendo obstado, assim, o exercício da cidadania em sua totalidade (PERONE, 2005, p. 91).

Saliente-se que o princípio da igualdade é amplamente albergado pela nossa Carta Magna, conforme se depreende do *caput* e inciso I do artigo 5º e incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV do artigo 7º da CF/88.

Acerca do tema, é cediço trazer os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de constituir uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O artigo 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O *caput* do artigo 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BARROSO, 2014, p. 431).

Nesse panorama de proteção ao princípio da igualdade, merece destaque também a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e

incorporada ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 62.150, de 19/01/68, a qual veda expressamente, no seu artigo 1, item 1, alínea “a”, toda forma de exclusão, distinção ou preferência pautada em critérios discriminatórios, em matéria de emprego e ocupação.

Dessa forma, critérios como sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social não podem ser utilizados pelas empresas com o objetivo de subverter a igualdade de oportunidade e tratamento no meio ambiente laboral.

A discriminação é tão veementemente combatida pela OIT que a mencionada convenção está inserida na Declaração de Princípios de Direitos Fundamentais da aludida organização. Assim, a convenção em tela deve ser observada e respeitada por todos os países que a compõe, independentemente de ratificação.

Destaque-se, ainda, que é vedado ao empregador fornecer fichários informatizados com os dados dos trabalhadores para terceiros, como, por exemplo, para empresários ou agências de colocação, sob pena de violar inúmeros princípios (dignidade da pessoa humana, intimidade, privacidade, boa-fé objetiva, etc) e afrontar o artigo 7º, incisos I, II e III, da lei 12.965/2014.

Um exemplo de compartilhamento de dados praticado por algumas empresas é a denominada “lista-negra⁶⁷” de trabalhadores, contendo informações das ações trabalhistas em curso dessas pessoas contra ex-empregadores.

Acerca do tema, impende trazer as considerações feitas por Têmis Limberger⁶⁸. De acordo com o autor, um dos objetivos da informatização dos Tribunais foi a de facilitar o acompanhamento dos trâmites processuais. Apesar disso, na prática algumas empresas utilizaram os dados disponíveis para formar arquivos com o escopo de inibir reclamações trabalhistas (LIMBERGER, 2007, p. 206-207). Tal prática possui um viés nitidamente discriminatório.

Dessa maneira, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria 367, de 18 de setembro de 2002, que estabelece que toda denúncia referente à ocorrência de prática discriminatória por parte de empresa que recuse a contratação de empregado que tenha ingressado com ação judicial trabalhista, será encaminhada ao chefe de fiscalização da respectiva Delegacia Regional do Trabalho para a apuração.

⁶⁷ Lista negra é diferente da denominada lista suja. A lista suja contém os nomes das empresas que foram flagradas submetendo os trabalhadores à condição análoga de escravo. Vale destacar que a lista suja é uma medida eficaz no combate ao trabalho análogo ao de escravo, sendo reconhecida por organismos internacionais com um importante mecanismo.

⁶⁸ Segundo o autor, a informatização do Poder Judiciário iniciou-se na década de 1980 e foi aperfeiçoando paulatinamente (LIMBERGER, 2007, p. 205).

Os fundamentos legais que embasaram a elaboração da portaria em tela são os seguintes preceitos constitucionais: o livre acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV); o livre exercício do trabalho (artigo 5º, XIII); a igualdade (artigo 5º, caput); a ofensa à intimidade (art. 5º, X) e à dignidade do trabalhador (artigo 1º, III) (LIMBERGER, 2007, p. 207).

Registre-se que quando da edição da aludida portaria, o Ministério Público do Trabalho já havia conduzido 182 investigações, iniciadas com base em denúncias feitas por trabalhadores, para averiguar a existência de “listas negras” em empresas de diversos setores espalhadas pelo Brasil, (BERNARDES; ROLLI, 2002, p. 1).

No curso dessas investigações, mais de 80 empresas assinaram Termos de Ajuste de Conduta perante o *parquet* trabalhista, se comprometendo a acabar com a lista e se abster de realizar prática parecida, sob pena de pagarem indenização aos trabalhadores e multa (BERNARDES; ROLLI, 2002, p. 1).

Destaque-se que em uma dessas investigações descobriu-se que no Estado do Paraná, a criação de listas era objeto de comercialização e as empresas ControlSystem Informática e Intersystem Informática foram condenadas judicialmente a pagar multas por adotarem esse negócio (BERNARDES; ROLLI, 2002, p. 1).

Na maioria das vezes, as empresas utilizam tais mecanismos de pesquisa de forma velada, já que os propósitos são nitidamente discriminatórios. Diante dessa constatação fática, conclui-se que nem sempre é possível descobrir o uso dessas práticas abusivas, mas, uma vez descortinadas tais condutas, elas devem ser seriamente punidas, ante a grave repercussão social do fato.

Frise-se que estas listas são terminantemente proibidas pela jurisprudência nacional e o entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que a inclusão de empregado em lista discriminatória dá ensejo à indenização por danos morais, por ser atitude ofensiva à dignidade da pessoa humana, sendo dispensada a prova de prejuízo concreto.

Nesse sentido, podem ser citados os seguintes acórdãos proferidos em sede de recurso de revista: TST-RR: 84500-31.2009.5.09.0091, Ministro Relator: Desembargador Convocado José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza Data de julgamento: 27/06/2012, 1ª Turma do TST, Data de Publicação: 11/10/2012 e; TST-RR: 9956500-42.2006.5.09.0091, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/11/2008 e RR - 113000-31.2009.5.17.0012 , Relatora Desembargadora Convocada: Cilene

Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 08/03/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/03/2017.

Sobre o uso das redes sociais nas relações de emprego, em determinadas organizações empresariais, as condutas praticadas pelo empregado, no seio da sua vida particular, são vigiadas pelo empregador. Nessas situações, opiniões políticas e sindicais, opções religiosas, preferências sexuais, costumes, etc., que não estejam em consonância com o perfil estabelecido pela empresa, podem ser motivo para censuras ou, até mesmo, despedidas.

Ocorre que a Lei Maior assegura a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política, bem como de associação sindical, consoante se depreende do artigo 5º, incisos IV, VI, VIII, XVII, artigo 8º.

De acordo com os ensinamentos de Ricardo de Paula Alves,⁶⁹ a liberdade do trabalhador é ampla, ele pode se expressar de forma plena em um contexto que vai além da sua vida privada, abrangendo também um espaço maior que envolve a sua vida pessoal (ALVES, 2005, p. 374).

Pode-se dizer, assim, que, além do empregado ter o direito de se manifestar livremente na sua vida privada, ele tem o direito de exercer o seu direito de liberdade de expressão no tocante a assuntos que não estejam circunscritos à sua vida privada.

Como se verá adiante, um aparente conflito de direitos fundamentais envolveria, de um lado, o direito à privacidade e/ou direito à liberdade de expressão do trabalhador e, do outro, o direito de propriedade e/ou direito à imagem do empregador.

Segundo Ricardo de Paula Alves, a liberdade de expressão do trabalhador fora da empresa não pode ser cerceada, e somente deve ser coibida nas situações envolvendo abuso de direito. O autor afirma que há uma relativa unanimidade no direito francês nesse sentido. Acrescenta, ainda, que o trabalhador tem inclusive o direito de manifestar suas ideias sobre assuntos concernentes à empresa e acerca do trabalho, desde que o faça de forma respeitosa e fundamentada (ALVES, 2005, p. 380).

O poder empregatício deveria ser concebido em uma perspectiva funcional. Dessa forma:

⁶⁹ Para Ricardo de Paula Alves a “vida privada” do trabalhador é um círculo restrito que envolve os princípios que o indivíduo partilha sua visão de mundo, estando incluídos os princípios fundamentais de liberdade de consciência e os atrelados aos assuntos formadores de sua opinião. Já a “vida pessoal” seria um conceito mais abrangente, que ultrapassa assuntos da vida privada e contém atos de caráter público ou semi-público. A título de exemplificação, o autor cita como sendo atos da vida pessoal: compras efetuadas pelo empregado e o modo de se vestir (ALVES, 2005, p. 373).

Quando o trabalhador não está à disposição do empregador, sua liberdade em relação à empresa seria total e não haveria possibilidade de interferência do empregador na vida pessoal do empregado, haja vista os poderes do primeiro só existirem em função da atividade empresarial (ALVES, 2005, p. 374).

Para Alice Monteiro de Barros, deve-se negar a eficácia de despedidas feitas com o objetivo de boicotar a livre manifestação do pensamento de seu empregado. Nesses casos a dispensa tem um fim ilícito e dirige-se à obtenção de um resultado que fere direitos fundamentais, como os de liberdade de pensamento, associação sindical, de convicção filosófica e política (BARROS, 2009, p. 115).

Como bem ressalta Cristiane de Maria Freitas Mello, é difícil estabelecer os limites para o exercício lícito da liberdade de expressão do trabalhador, principalmente quando se fala do direito de crítica exercido nas redes sociais. Não obstante a crítica represente “a manifestação qualificada do direito de opinião, constituindo um instrumento de dissidência que consubstancia uma atividade racional de contraposição de ideias e convencimento”, é difícil estabelecer os casos em que há abuso no exercício do direito de crítica (MELLO, 2015, p. 114).

No ordenamento italiano, o artigo 1º da Lei 300, de 1970, prevê que os empregados possuem o direito de manifestar livremente a sua opinião no meio ambiente laboral, sem distinção de religião e de opinião de cunho político e sindical (BARROS, 2009, p. 42).

Acerca do tema, a jurisprudência administrativa chilena firmou-se no sentido de que o empregador não pode exigir de seus trabalhadores uma prévia autorização para dar aulas ou realizar atividades intelectuais nas hipóteses em que possa haver uma possível afronta aos interesses empresariais (C. GAMONAL, 2011, p. 40).

Nesse sentido, a Direção do Trabalho daquele país emitiu o n. 2697, de 7 de julho de 2009, direcionada para uma empresa de telecomunicações de prestígio (VTR), declarando que exigência feita pela empresa de que os seus trabalhadores obtivessem autorização de um Conselho de Ética para dar aula, publicar obras ou fazer apresentações, vilipendia os direitos fundamentais dos trabalhadores (direito à intimidade, liberdade de trabalho e devido processo) (C. GAMONAL, 2011, p. 40).

As empresas devem ser coibidas a atuar com abuso de direito, violentando direitos fundamentais dos seus empregados. O poder diretivo deve ser exercido com equilíbrio e parcimônia. Logo, é facultado ao empregado, vítima de represálias patronais pelo livre exercício da sua liberdade de expressão, postular reintegração ou as verbas decorrentes de

uma despedida sem justa causa, podendo, ainda, pleitear uma indenização compensatória pelos danos morais sofridos.

Entretanto, impende salientar que os empregados não podem violar os direitos fundamentais da empresa, como o direito à imagem, por exemplo. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Acerca do tema, impende citar um caso envolvendo o uso da rede social *Facebook* pela empregada para fazer comentários acerca da empresa onde ela trabalhava. A celeuma envolvia a manutenção ou a reversão da despedida por justa causa da aludida empregada, pelo fato de ela ter postado em seu perfil do *Facebook* mensagens agressivas e ofensivas, amplamente divulgadas, que denegriam a imagem da empresa e afrontavam os seus clientes.

Nesse processo, a sentença de piso manteve a despedida por justa causa, o que foi confirmado pelo TRT da 3ª Região e pela 7ª Turma do TST (AIRR - 1649-53.2012.5.03.0007, Data de Julgamento: 07/12/2016, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016).

Em outro processo, o Juízo aceitou que fotos retiradas do *Facebook* da reclamante por parte da reclamada fossem utilizadas para provar que a reclamante não possuía síndrome do pânico ou depressão, considerando válida a despedida efetuada.

Nesse processo, a empresa pretendia declarar válida a dispensa do empregado e ser eximida de reintegrá-lo, bem como de efetuar o pagamento da remuneração no período em que cessou o auxílio-doença até a efetiva reintegração do reclamante. De forma correta, o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e da Quarta Turma do TST foi em sentido diverso daquele proferido em primeira instância, revertendo a decisão de piso.

Ficou ressaltado no acórdão da Quarta Turma (AIRR – 392-04.2012.5.15.0154, Data de Julgamento: 03/02/2016, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/02/2016) que, mesmo que se aceite e considerem lícitas as fotos retiradas do perfil da rede social *Facebook*, não se pode concluir, mediante simples análises das fotos, que as pessoas lá expostas não tenham doenças psiquiátricas.

Ora, o que parece ser nem sempre corresponde à realidade. Tal entendimento é representado nas reflexões de Guy Debord. Segundo o autor francês: “Toda a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se anuncia como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era diretamente vivido se esvai na fumaça da representação” (DEBORD, 2003, p. 13).

Ademais, como bem frisado no aludido acórdão, é notório que “qualquer pessoa que tenha um perfil em rede social tem a intenção de compartilhar alguns momentos através de postagens contendo textos, fotos, etc., com o intuito de criar uma imagem positiva de si mesmo” (AIRR – 392-04.2012.5.15.0154, Data de Julgamento: 03/02/2016, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/02/2016, p. 3).

Dessa forma, beira ao absurdo utilizar fotos divulgadas em redes sociais *on-line* para debater acerca da existência ou não de doenças psiquiátricas. Trata-se de uma violenta afronta à privacidade do trabalhador.

Embora outras pessoas possam, a princípio, ter acesso a tais fotos, elas não têm o direito de fazer uso de tais informações. As pessoas que usam redes sociais virtuais (como *Facebook* e *Twitter*) têm o objetivo de compartilhar tais informações com seus amigos e familiares. Assim, não podem ser tolhidas em exercer esse seu direito ante atitudes empresariais inapropriadas.

O fato de inexistir uma lei regulamentando o direito à informação para a admissão⁷⁰ no trabalho ou sua dispensa não tem o condão de permitir que o empregador vilipendie os direitos fundamentais de um empregado ou potencial empregado, invadindo a sua privacidade. É preciso dar eficácia jurídica aos princípios constitucionais. O direito à privacidade, insculpido no artigo 5º, inciso X, da CF, é uma norma-princípio que indica um valor a ser preservado: a privacidade.

Frise-se que as referidas vedações impostas às empresas não têm o intuito de esvaziar o princípio da livre iniciativa nem o direito à busca pelo lucro (artigo 1º, inciso IV e *caput* do artigo 170, ambos da CF/88), e sim resguardar direitos de igual envergadura que merecem ser protegidos nesses casos.

Não se pode admitir é que o exercício da livre iniciativa seja feito através de uma busca desenfreada pelo lucro, socialmente deletéria, que não respeite outros valores constitucionais. A atividade empresarial deve sempre atentar para a valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*, da CF), sendo imperioso observar que as empresas têm uma

⁷⁰ O artigo 16 do Código de Trabalho Português de 2009 tem uma regulamentação sobre o direito à informação para admissão no trabalho, dispondo o que o empregado tem de informar, assim como o que o empregador não pode exigir, e o que ele não pode dizer por ser aspecto de vida íntima, conforme se observa a seguir: “Artigo 16: 1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. 2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”.

função na concretização do pleno emprego (TAVARES, 2013, p. 106-107), o que, indubitavelmente, não inclui tratamentos discriminatórios.

As empresas estão vinculadas não apenas à legalidade formal, como também à juridicidade, conceito mais abrangente que abarca a Constituição Federal por decorrência direta da Constitucionalização do Direito.

Em suma, os direitos à privacidade e à liberdade de expressão dos trabalhadores devem ser sempre preservados. Nas hipóteses de aparente rota de colisão dos aludidos direitos com o direito de informação do empregador, direito à imagem da empresa e poder de direção empresarial, faz-se necessário analisá-los com base no caso concreto, aplicando a lógica da proporcionalidade em sua tríplice dimensão.

4.2 Poder de vigilância e o controle dos trabalhadores

No final do século XVIII, Jeremy Bentham criou o panóptico: um modelo arquitetônico de prisão como fim precípua de resolver o problema de vigilância. A estrutura desse sistema prisional é representada por uma torre central capaz de vigiar diuturnamente as celas dispostas no anel periférico a ela, sendo que do interior das celas não se pode ter acesso ao que se passa no interior da torre (FOUCAULT, 1999, p. 223-224).

Ocorre que somente na década de 1970 o panóptico passou a ser difundido, ocasião em que esse modelo de penitenciária passou a ser estudado e divulgado pelo filósofo francês Michael Foucault. Segundo o autor, “cada vez que se tratar de uma multiplicidade de indivíduos a que se deve impor uma tarefa ou um comportamento, o esquema panóptico poderá ser utilizado” (FOUCAULT, 1999, p. 229).

Nessa perspectiva, o modelo de vigilância ostensiva, na qual apenas o vigilante tem acesso às atividades desenvolvidas pelo vigiado, pode ser aplicado em diversas relações de poder, como, por exemplo, a relação entre patrão e empregado.

A principal característica do Panóptico é fazer com que a pessoa vigiada tenha consciência de que poderá sempre ser vigiada e de que não poderá averiguar se está, na prática, sendo controlada. Trata-se do princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. “Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo”. (FOUCAULT, 1999, p. 225).

De acordo com David Friedman, a tecnologia da vigilância usada em larga escala na sociedade atual criou um panóptico universal e, no futuro, pode gerar uma sociedade transparente na qual inexistente privacidade (FRIEDMAN, 2014, p. 58-60).

Atualmente, existem vários mecanismos de vigilância disponíveis no mercado que são capazes de promover monitoramento eletrônico, visual, auditivo, etc. No meio ambiente laboral, os avanços tecnológicos permitem uma nova maneira de exercer o poder empresarial de controle das atividades exercidas pelos trabalhadores.

A colocação de dispositivos audiovisuais de vigilância e a instalação de programas informáticos para o controle dos trabalhadores são exemplos de instrumentos de monitoração das atividades dos trabalhadores e eles têm o condão de afetar os direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito à privacidade (LUJÁN, 2002, p. 194). Além deles, podem-se citar, também, escutas telefônicas e novos meios de interceptação de correspondências, como o correio eletrônico (BARROS, 2016, p. 398).

Acerca do controle do labor do empregado, a Lei 12.551/2011 acrescentou o parágrafo único ao artigo 6º da CLT que tem a seguinte redação: “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão de trabalho alheio”.

A referida norma aborda a temática do teletrabalho, tratando de maneira genérica da possibilidade de controle das atividades do empregado com o uso de meios informatizados.

No ordenamento italiano, o artigo 4º da Lei 300 de 1970 (Estatuto dos Empregados da Itália) veda o emprego de aparelhos audiovisuais para controlar à distância a atividade do empregado, exceto se for necessário à organização produtiva ou à segurança do trabalho. Se esses mecanismos representarem controle sobre a atividade do empregado, a sua instalação necessitará de acordo celebrado com a representação sindical ou, sucessivamente, com a comissão interna (BARROS, 2009, p. 42). A inobservância do preceito legal enseja, inclusive, responsabilização criminal (SIMÓN, 2000, p. 151).

Na Espanha, o Estatuto do Trabalhador dispõe no seu artigo 20.3⁷¹ que o empresário poderá utilizar as medidas que entenda mais convenientes para vigiar e controlar o labor desenvolvido pelo trabalhador, devendo levar sempre em consideração a dignidade do trabalhador.

⁷¹ *Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.*

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.(ESPAÑA, LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, p. 100244-100245).

Em Portugal, por sua vez, o artigo 20.1⁷² do Código de Trabalho proíbe que o empregador controle o desempenho da atividade profissional através de meios de vigilância à distância, com o uso de aparelhos tecnológicos. Os meios de vigilância somente são permitidos para proteção e segurança de bens e pessoas ou quando particulares exigências atinentes à atividade desenvolvida (artigo 20.1 do CT) e, nesses casos, o empregador deverá avisar aos trabalhadores sobre a existência e finalidade dos equipamentos (artigo 20.3 do CT).

Destaque-se que o Código de Trabalho Português exige que o uso dos equipamentos de vigilância a distância no local de trabalho seja precedido de prévia autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), consoante se depreende da leitura do artigo 21.1⁷³, e acompanhada de parecer da comissão de trabalhadores (21.3 do CT). Ademais, faz-se necessário que a utilização dos meios de vigilância seja necessária, adequada e proporcional ao propósito buscado (21.2 do CT).

Conforme as lições de Amaury Haruo Mori, a exigência da prévia concordância da CNPD, assim como a possibilidade de participação dos trabalhadores representa medida salutar em prol da proteção da privacidade do trabalhador no meio ambiente laboral (MORI, 2011, p. 80).

Sobre o tema, impende trazer à baila o posicionamento da Direção do Trabalho (jurisprudência administrativa do Chile) sobre o uso do sistema de gravação de imagens e sons

⁷² Artigo 20.º

Meios de vigilância a distância

1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.
 2 - A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.
 3 - Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 3.

⁷³ Artigo 21.º

Utilização de meios de vigilância a distância

1 - A utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

2 - A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

3 - Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 - O pedido de autorização a que se refere o n.º 1 deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer.

5 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 3.

no meio ambiente laboral⁷⁴. Para a Direção do Trabalho é possível verificar duas finalidades no uso desses sistemas de controle, quais sejam: 1) para fins destinados unicamente para a vigilância e fiscalização do trabalhador; 2) para atender as exigências técnicas do processo produtivo ou por motivo de segurança. (C., GAMONAL, 2011, p. 38).

De acordo com a jurisprudência administrativa chilena, é ilícito o uso dos aludidos mecanismos com o exclusivo propósito de vigiar e fiscalizar o labor do trabalhador, por configurar uma limitação ao direito de intimidade do trabalhador que não é adequada aos fins almejados. Nessas situações há grave violação à dignidade humana do trabalhador (C., GAMONAL, 2011, p. 38-39). Sobre o pronunciamento da Direção do Trabalho, transcreve-se o seguinte trecho:

(...) considera-se que a utilização desses mecanismos como única finalidade de vigiar e fiscalizar a atividade do trabalhador é ilícita, por constituir uma forma “panorâmica” de controle sem limites, sem observar fronteiras e sem solução de continuidade. Essa situação provocaria no trabalhador, inexoravelmente, um estado de tensão ou pressão incompatível com a dignidade humana, configurando-se uma forma intolerável de assédio e perseguição por parte de seu empregador, provocando uma exasperante e irritante pressão, uma espécie de temor reverencial perante o empregador, tornando inexistente toda esfera de liberdade e dignidade (C., GAMONAL, 2011, p. 38).

Em relação ao uso desses sistemas de controle nas hipóteses em que é objetivamente necessário por exigências técnicas da produção ou por fins de segurança, a Direção do Trabalho compreende que a utilização é lícita por “prevenir situações de risco consideradas preponderantes em relação aos bens jurídicos perseguidos” (C., GAMONAL, 2011, p. 39).

Nessa toada, pode-se concluir que a jurisprudência administrativa do Chile entende que é possível que as câmeras impliquem um controle da atividade do trabalhador desde que essa seja uma consequência indireta do uso de tais mecanismos seja feito por motivo técnico-produtivo ou por razões de segurança. Aceita-se, assim o controle laboral por tais meios como sendo apenas um reflexo, uma consequência secundária que não pode acarretar medidas disciplinares para o trabalhador (C., GAMONAL, 2011, p. 40).

As empresas brasileiras utilizam mecanismos audiovisuais como prática corriqueira nos seus estabelecimentos, inexistindo óbice na legislação infraconstitucional para tais

⁷⁴ O caso que ensejou esse posicionamento da Direção do Trabalho foi a análise da legalidade do uso de mecanismos audiovisuais nos veículos de locomoção coletiva urbana próximos aos assentos do motorista e capturando imagens deste trabalhador, bem como do corredor e de passageiros sentados ao lado direito do veículo. Essa situação gerou a edição do Parecer nº 2328 de 19 de julho de 2002 (C., GAMONAL, 2011, p. 38).

atitudes. Sem embargo, existe polêmica no tocante à violação da vida privada do trabalhador nessas situações (SIMÓN, 2000, p. 151).

Consoante doutrina de Sandra Lia Simón, nas situações em que o empregador usa o controle audiovisual com o intuito de promover segurança no local, os aparelhos devem ser colocados somente em locais que as pessoas estranhas ao serviço tenham alcance (SIMÓN, 2000, p. 152).

Já nas hipóteses em que o objetivo é o de controlar a atividade dos trabalhadores, os mecanismos devem ser posicionados apenas nos lugares onde o labor é executado, excluindo-se, assim, os locais de descanso ou uso reservado ao trabalhador, como cantinas, salas de café ou banheiros. Independentemente da razão que ensejou o uso das câmeras, é proibido ao empregador causar situações constrangedoras, “a filmagem não pode ser sorrateira, nem ter a conotação de estar servindo para ‘espionar’ o empregado” (SIMÓN, 2000, p. 152).

Acerca do tema, impende citar as lições de Laert Mantovani Júnior:

O uso de aparelhos audiovisuais no ambiente de trabalho não é *a priori* proibido pela legislação pátria, em verdade ele faz parte do poder diretivo do empregador; contudo, a jurisprudência nacional considera que nem sempre todos os ambientes de trabalho podem ser filmados, devendo-se ponderar pela preservação da privacidade do empregado (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 83).

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do TST. A Colenda Corte Trabalhista entende que não podem ser instalados circuitos de câmeras nos sanitários, vestiários e refeitórios, mesmo quando autorizado pelos empregados, sob pena de esvaziar o núcleo do direito à intimidade e à privacidade dos trabalhadores.

Assim, o empregador tem o direito, em razão do seu poder diretivo, de filmar o local de trabalho, a fim de fiscalizar a realização das atividades laborais de seus empregados, desde que dê ciência a eles de que está realizando tal procedimento e não o faça em locais em que deve ser preservada a intimidade da pessoa, como, por exemplo, os banheiros e vestiários, bem como que divulgue suas imagens a quem quer que seja (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 84-85).

A título de exemplificação, pode-se citar o caso em que a BRF - Brasil Foods S.A. foi condenada a pagar indenização por danos morais a uma ajudante de frigorífico em decorrência de filmagens de segurança em vestiários (RR - 384-49.2012.5.12.0012, Data de Julgamento:

10/12/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014).

O inusitado do referido processo é que a instalação de câmeras foi resultado de negociação entabulada pelo sindicato dos trabalhadores, a pedido dos próprios empregados, após ocorrência de furtos de pertences em seus armários.

Ora, a decisão acima mencionada não poderia ter sido proferida de maneira diversa. Não obstante o trabalhador possa compartilhar aspectos da sua vida privada, o mencionado direito não pode ter o seu núcleo axiológico violado. Permitir que câmeras captassem imagens dos trabalhadores nos vestiários, sob a argumentação de que tal atitude proporciona a “proteção do patrimônio” dos trabalhadores é, no mínimo, desproporcional.

A empresa é responsável pelo patrimônio dos seus empregados, devendo primar pela proteção dos objetos e pertences de seus trabalhadores. Para tanto, inúmeras ferramentas podem ser utilizadas pelas empresas para atingir tal mister como, por exemplo, fornecer armários privativos com chaves para os seus funcionários.

Recentemente, em 03 de maio de 2017, outro caso parecido foi julgado pela 4ª Turma do TST. Trata-se do RR-177300-95.2009.5.03.0107, no qual a Egrégia Turma entendeu que o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região decidiu acertadamente ao condenar o empregador a pagar danos morais ao empregado por utilizar câmeras nos vestiários destinados a troca de uniformes dos trabalhadores.

Vale destacar que a 4ª Turma do TST majorou o *quantum* indenizatório⁷⁵ de R\$ 3.000,00 para R\$10.000,00, ante a gravidade da conduta que lesou a intimidade e a privacidade dos empregados (RR - 177300-95.2009.5.03.0107, Relator Ministro: Ministro João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 03/05/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017).

É preciso ressaltar, entretanto, que a instalação de sistemas de câmera e vigilâncias no meio ambiente de trabalho não é vedada *a priori*. Em algumas situações é, inclusive, necessária a utilização de tais mecanismos para garantir a integridade e a segurança dos trabalhadores e demais pessoas que estão nas empresas, assim como o próprio patrimônio da empresa. Esses instrumentos de controle devem ser colocados em locais estratégicos, não

⁷⁵ É importante frisar a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o referido tribunal somente pode interferir excepcionalmente sobre o valor arbitrado na indenização por danos morais. Assim, este tribunal somente poderá arbitrar novo valor nas hipóteses em que o *quantum* indenizatório tenha sido fixado em um valor manifestamente irrisório ou nitidamente exorbitante.

violando a privacidade dos trabalhadores. Ademais, os empregados devem ter ciência acerca da instalação do sistema de vigilância.

No tocante aos dispositivos audiovisuais de vigilância e à utilização de programas informáticos, com a nítida finalidade de apenas controlar as atividades desempenhadas pelos trabalhadores, é preciso salientar que eles devem ser utilizados com parcimônia.

Através dessas inovações tecnológicas, é possível acessar remotamente as informações pessoais dos empregados através dos computadores, quase que de forma ilimitada. Novas tecnologias permitem maiores manobras em termos de produção e diferentes formas de organização do trabalho (BRITES, 2014, p. 45).

No que tange à possibilidade de o empregador escutar a conversa telefônica do empregado, Alice Monteiro de Barros assevera que o direito comparado pode auxiliar o intérprete brasileiro na conciliação dos direitos fundamentais da livre-iniciativa e da propriedade com o direito ao sigilo de correspondências e à privacidade, à luz do artigo 8º da CLT (BARROS, 2009, p. 399).

Parte da doutrina espanhola utiliza um critério de razoabilidade na temática das escutas telefônicas feitas pelo empregador no meio ambiente laboral, permitindo o empregador intervir e controlar as chamadas nas hipóteses em que o telefone é utilizado como meio de execução das tarefas. Nesses casos, o empregador não é considerado terceiro relativamente à conversa (BARROS, 2009, p. 399)⁷⁶.

Entretanto, o Tribunal Constitucional na Espanha entende que a gravação de conversas de empregados ou de clientes feita sob o fundamento de otimizar a segurança é uma intromissão ilegítima do direito à intimidade⁷⁷.

Na França, impende trazer a lume o entendimento da Comissão Nacional de Informática e Liberdades da França. A aludida comissão autoriza a interceptação de conversa telefônica do empregado, somente nas situações em que o trabalho consiste, essencialmente, no exercício da atividade de telefonar (*telemarketing*). Nessas situações, o empregador tem o direito de averiguar o modo em que o referido trabalho está sendo desempenhado (BARROS, 2009, p. 399).

⁷⁶ No Brasil, esse raciocínio poderia ser aplicado, já que no ordenamento jurídico pátrio o empregador responde pelos atos praticados pelos seus empregados no exercício do trabalho que lhes competir, nos termos do artigo 932, II, do CC.

⁷⁷ A Sentença do Tribunal Constitucional – STC 98/2000 da Espanha, proferida em 10 de abril, concluiu que uma gravação com microfones de conversas de empregados ou clientes de um casino é ilegítima, atentando contra o direito à intimidade. No aludido caso, existia outros mecanismos de segurança no estabelecimento (BATALLA, 2007, p. 45).

Todavia, nas hipóteses em que os telefonemas ocorrerem durante os descansos e pausas ocorridas durante o horário de trabalho, não será permitido ao empregador ter acesso às referidas conversas telefônicas (BARROS, 2009, p. 477).

Em relação ao tema, cumpre trazer o julgado proferido no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região em um caso envolvendo um pleito de indenização por danos morais pelo fato de o empregador ter acompanhado as conversas telefônicas do empregado operador de telemarketing.

Ficou sedimentado no acórdão proferido pelo aludido regional que, nas hipóteses em que os terminais telefônicos são utilizados como equipamentos de trabalho pelos empregados e a empresa acompanha a execução do contrato de trabalho através de escutas, das quais os empregados estão cientificados, não há que se falar em violação à privacidade do empregado, mesmo que o empregado tenha realizado conversas telefônicas fora do horário de expediente.

Trata-se do acórdão que foi proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, de Relatoria do juiz convocado Ricardo Alencar Machado, RO-00439.2003.011.10.00.2, e publicado no DJU em 20/02/2004.

Ora, é preciso utilizar sempre o princípio da proporcionalidade como norte para a resolução dos *hard cases*, envolvendo aparente conflito entre direitos fundamentais. Assim, faz-se necessário sempre observar que o trabalhador precisa ter espaço e certa liberdade para exercer suas atividades no meio ambiente laboral. O controle excessivo invade o seu direito à privacidade e pode, inclusive, ser capaz de proporcionar assédio moral aos empregados.

O assédio moral, também denominado de *mobbing*, ocorre no meio ambiente laboral nas hipóteses em que o empregado sofre constrangimento, sendo afetada a sua dignidade. Nessas situações, o ambiente é perturbador, intimidativo e hostil e o empregado é vítima de um terror psicológico.

Destaque-se que, em alguns casos, o empregador utiliza ferramentas tecnológicas para controlar o empregado fora do meio ambiente laboral, em momentos em que o empregado supostamente deveria estar usufruindo o seu direito à desconexão.

Aplicativos usados em celulares, como o *WhatsApp*, aparelhos de bip, *paggers* e e-mails são apenas alguns exemplos de instrumentos telemáticos que impedem ou, ao menos, atrapalham o exercício do direito ao lazer por parte dos empregados (direito social expresso no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal).

Nessas situações, os empregados estão constantemente vinculados ao seu empregador e não conseguem se desconectar do trabalho, o que pode comprometer as suas relações familiares e demais relações sociais, abalando direta ou indiretamente o direito à vida privada.

Em relação ao tema, o Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento, consolidado na súmula 428, no sentido de que o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados pela empresa ou empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. A aludida súmula dispõe que, nas hipóteses em que o empregado está submetido ao controle patronal por instrumentos telemáticos e informatizados, permanecendo em regime de plantão ou equivalente, há que ser considerado o exercício do trabalho em regime de sobreaviso.

Caberá ao magistrado, então, analisar as circunstâncias do caso concreto, e, verificando a situação a que o empregado estava submetido, decidir se o trabalhador se encontrava à disposição do empregador, mesmo quando fora local e horário laboral.

É preciso fixar limites aos poderes empresariais, afinal, as novas tecnologias não podem servir de instrumento para o aviltamento dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Sobre o tema, a 7ª Turma do TST entendeu que em havendo expressa previsão no Regimento Interno da empresa proibindo acesso à internet (exceto consulta a medicamento); vedando baixar arquivos, acessar blogs, redes sociais e/ou qualquer outro tipo de site e sendo confirmado que o obreiro acessava sites pornográficos utilizando o computador da empresa, deve-se concluir que a conduta do trabalhador foi inapropriada no ambiente de trabalho.

De acordo com o acórdão, a reclamada agiu acertadamente ao dispensar o empregado por justa causa, já que se trata de conduta inadequada de cunho sexual. (AIRR - 1272-82.2014.5.06.0313, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 26/10/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/11/2016)

À guisa de conclusão, pode-se dizer que o uso de mecanismos audiovisuais e tecnológicos nos quadros da empresa para fins de segurança e controle do labor é válido, desde que o empregador utilize os aparelhos com parcimônia, respeitando os direitos fundamentais dos trabalhadores.

4.3 Monitoramento de e-mail corporativo e navegação na internet

Sabe-se que o e-mail profissional é uma ferramenta muitas vezes indispensável nas relações de trabalho, já que permite que os serviços sejam realizados com mais presteza, aumentando de maneira significativa a qualidade e a quantidade dos serviços prestados.

Segundo Sandra Lia Simón, em geral, três são os motivos que levam as empresas a optar por utilizar essa nova forma de comunicação: o fato de o seu custo ser excessivamente baixo; promover conversações de maneira veloz e reduzir sensivelmente o uso de papéis (SÍMON, 2000, p. 157).

Laert Mantovani Júnior recorda que inúmeras são as atividades que podem ser feitas através dos correios eletrônicos pelas empresas, tais como: compras, vendas, pedidos de mercadorias ou de serviços, reclamações e sugestões. Acrescenta, ainda, que o uso do e-mail corporativo é uma “ferramenta indispensável na sociedade moderna, contudo, com ela também vieram alguns problemas até então inexistentes no âmbito das relações de trabalho” (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 85).

Nesse contexto, algumas empresas passaram a monitorar o uso do e-mail corporativo, sob a alegação de que se trata de verdadeiro instrumento de trabalho e a empresa teria esse direito de fiscalização com base no seu poder diretivo. Nesse sentido são os ensinamentos de Laert Mantovani Júnior:

Sob o manto do seu poder diretivo, passaram então os empregadores a monitorar a utilização da Internet e, principalmente, dos e-mails de seus empregados, com a finalidade de verificar se o tempo gasto na internet estava sendo utilizado para o trabalho ou para fins particulares e, mais ainda, se os e-mails recebidos ou enviados pelos trabalhadores estavam de acordo com as orientações da empresa (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 85).

Nessa toada, questiona-se, a possibilidade de o empregador ter acesso ao conteúdo dos e-mails corporativos utilizados pelos seus empregados. Para isso, primeiramente, é preciso indagar se o acesso ao e-mail viola o direito fundamental ao sigilo das correspondências, de dados ou das comunicações telefônicas (art.5º, inc. XII, da CF/88).

No que tange ao direito fundamental ao sigilo das correspondências, a princípio, seria plausível pensar que o correio eletrônico, em virtude da sua própria denominação, corresponde a uma verdadeira correspondência. A doutrina alemã, por exemplo, faz essa correlação, considerando crime a violação de mensagens que são encaminhadas por e-mail (FICHER *apud* SIMÓN, 2000, p.158).

Entretanto, como bem adverte Sandra Lia Simón, pouquíssimas vezes na doutrina nacional identificam o e-mail como correspondência. De acordo com autora, seria equivocado fazer essa equiparação, já que “o caminho percorrido por uma mensagem é completamente diferente daquele percorrido através do correio tradicional” (SÍMON, 2000, p. 158).

Ademais, ao analisar a lei 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais, observa-se que ela prevê que os objetos de correspondência são: carta; cartão-postal; impresso; cecograma e a pequena encomenda e dispõe que o serviço postal é uma prestação exclusiva e obrigatória da União, que deve explorá-lo diretamente ou mediante delegação para empresa pública⁷⁸.

Todavia, isso não acontece em relação ao mecanismo de envio de e-mails, tendo em vista que a internet não está vinculada à União, sendo, em verdade, uma rede mundial de comunicação (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 87).

Desse modo, Laert Mantovani Júnior conclui que a análise acerca do monitoramento de e-mails não deve voltar-se para a análise de estar ocorrendo afronta ao direito fundamental do sigilo de correspondência do empregado, pelo contrário, a questão funda-se na constatação de que tal medida afronta os direitos da personalidade do trabalhador, nesse contexto sua intimidade (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 89).

Em relação ao sigilo de dados, há doutrinadores que defendem que o sigilo dos e-mails está protegido com base nesse preceito. Nesse sentido é a doutrina de Sandra Lia Simón. Segundo a autora, o “constituente, já preocupado com o avanço tecnológico, no mesmo dispositivo que assegura o sigilo da comunicação postal protege, também, o sigilo da comunicação de dados”, na qual estaria inserido o e-mail (SÍMON, 2000, p. 159).

A visão de Têmis Limberger é nesse sentido, pois, para o autor, embora o dispositivo constitucional somente mencione dados, deve-se entender que esses dados são os informatizados, tendo em vista que o legislador utilizou esse termo em outras passagens do texto constitucional. A título de exemplificação, cita-se a retificação dos dados no *habeas data* (art. 5º, LXXII, “b”, da CF) (LIMBERGER, 2007, p. 213).

Esse pensamento é refletido também por Gustavo Carvalho Chehab, segundo o autor, incide o direito fundamental de proteção do sigilo de dados em relação ao e-mail corporativo,

⁷⁸ Art. 2º da Lei 6.538/78: O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

Art. 7º da Lei 6.538/78 Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

§ 1º - São objetos de correspondência:

- a) carta;
- b) cartão-postal;
- c) impresso;
- d) cecograma;
- e) pequena - encomenda.

sendo vedada a sua invasão, exceto dos casos em que há indícios de prática de ilícito criminal ou mediante razoável justificativa (CHEHAB, 2015, p. 15).

Ressalta o autor que o conteúdo das mensagens dos e-mails corporativos pode conter dados sensíveis, como informações sobre a saúde do empregado, sendo, portanto, proibido o acesso de terceiros sem o consentimento (CHEHAB, 2015, p. 15).

Saliente-se, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende que o sigilo garantido pelo artigo 5º, XII, da Carta Máxima brasileira está vinculado apenas à comunicação de dados, e não aos dados propriamente ditos, consoante se depreende do Recurso Extraordinário n. 418.416/SC (CHEHAB, 2015, p. 95).

Nesse sentido, ainda, são as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco:

Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondência e o de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade. Para o STF, ademais, o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da CF refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos (MENDES; BRANCO, 2012, p. 334).

No que concerne ao sigilo da comunicação telefônica, observa-se que a lei 9.296/96⁷⁹, que disciplina a matéria, estabelece que a interceptação telefônica só possa ser feita no caso de investigação criminal ou instrução penal, após a devida autorização pelo Poder Judiciário.

Poderia se questionar se os e-mails estariam inseridos no conceito de comunicação telefônica, tendo em vista que o parágrafo único do artigo 1º dessa lei dispõe que ela aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Apesar disso, não é esse o pensamento aqui defendido.

De acordo com Sandra Lia Simón, os e-mails não poderiam estar abrangidos no conceito de comunicação telefônica, em razão de flagrante inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, da lei nº 9.296/96 que ampliou o alcance da expressão comunicação telefônica (SÍMON, 2000, p. 160).

Não obstante a internet seja um mecanismo necessário para o envio e o recebimento de e-mails e, conseqüentemente, faça-se necessário o uso de linhas telefônicas, os e-mails não

⁷⁹ Essa lei regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, abrangendo as interceptações telefônicas.

podem ser confundidos com ligações ou conversas telefônicas (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 89).

Ademais, como bem ressalta Danilo Doneda, a rápida popularização da internet permitiu que o e-mail se transformasse em um “novo instrumento natural e universal de comunicação, cuja rapidez, preço e robustez na maioria das vezes não permitiam comparação com as modalidades tradicionais de comunicação” (DONEDA, 2012, p. 3).

Em sentido diverso é a doutrina de Georgenor de Sousa Franco Filho, para ele o controle do correio eletrônico do empregado pode ser classificado como um gênero intermediário entre a correspondência tradicional e a conversa telefônica, e está salvaguardado pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal (FRANCO FILHO, 2016, p. 23).

Antoni Batalla Roig, por sua vez, afirma que a comunicação eletrônica realizada mediante o correio eletrônico está garantida constitucionalmente tanto pelo direito ao segredo das comunicações como pelo direito à intimidade. Esclarece que os aludidos direitos são autônomos e diferentes. A intimidade encontra-se vinculada à proteção pessoal em relação ao conhecimento alheio e a mensagem contida no *e-mail* pode, ou não, ter conteúdos atrelados à intimidade. Já o segredo das comunicações engloba todas as comunicações, independentemente do conteúdo dessas comunicações (BATALLA, 2007, p. 71).

Acrescenta o autor espanhol, que os mencionados direitos, embora sejam autônomos, estão intimamente relacionados e devem ser analisados juntamente na análise da problemática (BATALLA, 2007, p. 66).

Para Antoni Roig Batalla, a empresa ou o empresário não é um dos interlocutores da comunicação do e-mail corporativo, e sim um terceiro, razão pela qual não pode ter acesso ao conteúdo dos e-mails de seus empregados, sob pena de afronta ao direito de segredo das comunicações (BATALLA, 2007, p. 73).

Somente em situações excepcionais seria permitido ao empregador acessar os e-mails corporativos dos empregados como, por exemplo, no caso de ausência prolongada do empregado ante uma urgência de caráter particular, no caso de suspeita de o empregado estar realizando atividades ilegais ou concorrência desleal. Entretanto, deve-se sempre atentar para o fato de que o acesso ao e-mail precisa ser o único mecanismo hábil para obter as informações perquiridas (BATALLA, 2007, p. 73-74).

Na acertada visão de Sandra Lia Simón, a análise do e-mail corporativo merece um tratamento diferenciado, já que foi próprio empregador que o forneceu ao empregado, sendo, a princípio, uma ferramenta fundamental para a execução do trabalho. De acordo com a autora,

o poder de direção do empregador faz com que ele seja terceiro interessado e possa, assim, ter acesso às mensagens trocadas por esse e-mail (SÍMON, 2000, p. 161).

Todavia, a autora ressalva os casos em que o empregador permite que o e-mail corporativo seja utilizado pelo empregado para resolver interesses particulares. Nessa senda, o empregador não poderia ter acesso às mensagens privadas, sendo necessário criar um mecanismo que separe essas mensagens das que tenham conteúdo profissional, como, por exemplo, separar uma pasta para envio, recebimento e mensagens particulares dos empregados (SÍMON, 2000, p. 161).

Ora, independentemente da proteção conferida aos e-mails (sigilo de correspondência, dados, telefônico, direito à intimidade ou privacidade), o importante é observar que, em última análise, deve-se buscar proteger a dignidade da pessoa humana do titular do e-mail.

Outra apreciação que deve ser feita é de que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual eles podem sofrer restrições sempre que for necessário salvaguardar outro direito fundamental.

Nessa toada, a proteção conferida aos e-mails, não deve ser entendida como uma proteção absoluta. A temática da proteção dos e-mails corporativos, por sua vez, clama uma atenção ainda maior, ante os demais direitos fundamentais do empregador atrelados ao uso dessa ferramenta de trabalho.

Em relação à análise acerca da violação à privacidade do trabalhador pelo acesso do empregador ao e-mail corporativo, por um lado, a doutrina minoritária defende que a empresa não pode acessar o conteúdo desses e-mails, sob pena de afronta ao direito constitucional em tela. O fato de os empregados terem senhas para utilizar tais e-mails serve de sustentáculo para fundamentar esse entendimento doutrinário.

De outro lado, existe posicionamento no sentido de que o e-mail corporativo é típico instrumento de trabalho e é fornecido para que o empregado apenas realize suas tarefas laborais, sendo facultado ao empregador acessar o conteúdo de tais e-mails, desde que o empregador avise previamente quanto à possibilidade da sua vigilância.

As senhas existentes para o uso dos e-mails corporativos servem, em verdade, para proteger o conteúdo de tais e-mails perante terceiros alheios à confiança do empregador.

Faz-se mister destacar que a empresa pode, inclusive, ser responsabilizada por eventuais prejuízos causados a terceiros por meio da utilização dos e-mails corporativos, nos termos do inciso III do artigo 932 do CC.

Destarte, a empresa tem o direito de proteger o seu patrimônio e de buscar eficiência e produtividade, certificando-se de que e-mail corporativo está sendo corretamente utilizado para o fim a que se destina. Sobre o assunto, Laert Manotivani Júnior assevera que:

Outro aspecto importante que fundamenta a possibilidade do monitoramento da Internet e e-mails por parte do empregador é que, em razão de sobre ele recair os riscos da atividade econômica, o mau uso ou o uso indevido, por parte do seu funcionário, poderia causar prejuízos de larga escala ao empresário, quer em eventuais indenizações por danos morais, em decorrência de e-mails corporativos enviados, contendo ofensas a terceiros, quer em decorrência de negociações firmadas pela Internet, prejudiciais à empresa (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 93).

Ressalta-se que o STF tem súmula acerca do tema, Súmula 341⁸⁰, que prevê expressamente a responsabilidade do empregador pelos atos praticados por seus empregados.

Saliente-se que o ordenamento português dispõe expressamente que o empregador pode estabelecer regras para o uso do e-mail corporativo e isso não viola o direito à privacidade do trabalhador, consoante se depreende da leitura do artigo 22, item 2, do Código de Trabalho⁸¹ daquele país.

As contas de e-mails corporativos em Portugal são, portanto, de titularidade do empregador e ele possui senhas compartilhadas de conhecimento do trabalhador e das pessoas que o empregador indicar. É aconselhável que as contas profissionais utilizem o nome do setor da empresa que o trabalhador está inserido ou da função exercida e não o nome do trabalhador (MORI, 2011, p. 91).

Na Espanha, uma das inovações mais significativas que tem ocorrido nos últimos anos é a regulamentação acerca do uso da internet e do e-mail corporativo nas negociações coletivas, ante a ausência de previsão legislativa acerca da matéria. Impende destacar que os convênios coletivos que tratam dessa temática pertencem a setores produtivos muito diversos, não se limitando às áreas onde o uso desses mecanismos tecnológicos seja mais intensivo (DURÁN, 2007, p. 231-238).

⁸⁰ Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado”.

⁸¹ Artigo 22.º

Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação

1 - O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico.

2 - O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico.

Sobre o tema, cumpre asseverar que algumas convenções coletivas celebradas na Espanha solicitam que o trabalhador renuncie voluntariamente o direito à intimidade e ao segredo das comunicações quando se usa o correio eletrônico na empresa. Tal medida é aceita desde que a renúncia seja expressa e a medida de controle empresarial seja necessária, justificada e proporcional (BATALLA, 2007, p.117)

A jurisprudência dos Estados Unidos, conforme exposto por Georgenor de Sousa Franco Filho, é no sentido de que o e-mail corporativo pode ser acessado pela empresa empregadora e isso não significa violação à privacidade, já que se trata de um instrumento de trabalho que não pode ser usado para fins diversos. A título de exemplificação cita-se o julgado *McLaren vs. Microsoft Corp.*, nº. 05-97-00824-CV, 1999 WL 339015, julgado em 28 de maio de 1999 (FRANCO FILHO, 2016, p. 30).

No sistema laboral chileno, o entendimento da Direção do Trabalho⁸², pessoa jurídica encarregada pela jurisprudência administrativa daquele país, é no sentido de que o correio eletrônico corporativo poderá ser disciplinado através de regulamento interno da empresa ou, ainda, através de contrato individual ou coletivo.

A título de ilustração, a Direção do Trabalho assevera que esses mecanismos de regulamentação podem estabelecer que toda mensagem enviada por esses e-mails deverá ser também encaminhada para algum setor vinculado à direção da empresa, fazendo com que a comunicação estabelecida não seja privada. Ressalvam-se, entretanto, as situações em que recepção de mensagens pelo e-mail corporativo que estariam protegidas, conservando o seu caráter privado, assim como as mensagens trocadas pelos e-mails pessoais dos trabalhadores⁸³ (C., GAMONAL, 2011, p. 40).

Para melhor elucidar a jurisprudência administrativa em comento, é preciso trazer as considerações feitas pelo jurista chileno Sergio Gamonal C. que resume o entendimento da Direção do Trabalho acerca do e-mail corporativo:

⁸² Em seu livro, Sergio Gamonal C. explica que a Direção do Trabalho é responsável pela jurisprudência administrativa chilena. Trata-se de um serviço público descentralizado, territorialmente dividido em inspetorias que possui personalidade jurídica e patrimônio próprios cujo objetivo primordial é fiscalizar o cumprimento da legislação laboral e previdenciária, além de interpretar o sentido e o alcance da legislação laboral através da confecção de pareceres. A atuação da Direção do Trabalho submete-se à supervisão do Presidente da República através do Ministério do Trabalho. A interpretação legislativa feita pela Direção do Trabalho tem caráter vinculante apenas para os seus fiscais. Entretanto, pode-se dizer que há uma vinculação indireta para os particulares que poderão ser multados nas hipóteses em que há descumprimento da legislação, o que poderá ser revisto judicialmente (C. GAMONAL, 2011, p. 35).

⁸³ O Parecer n. 260 de 24 de janeiro de 2002 da Direção do Trabalho prevê o direito à inviolabilidade da residência e de toda forma de comunicação privada (C., GAMONAL, 2011, p. 39).

Portanto, essa jurisprudência administrativa poderia ser sintetizada da seguinte forma: a) O empregador pode regular as condições, a frequência e a oportunidade de uso do correio eletrônico. b) O empregador pode, inclusive, estatuir que todas as mensagens eletrônicas enviadas a partir do servidor da empresa tenham uma cópia dirigida à gerência. c) O empregador pode regular o uso do correio eletrônico desvinculado da atividade produtiva. d) Em nenhuma hipótese o empregador poderá ter acesso ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas pelos trabalhadores, pois estão amparadas pela garantia constitucional da inviolabilidade de todas as formas de comunicação privada. Contudo, excepcionalmente, poderá ter acesso ao conteúdo das mensagens enviadas do servidor da empresa na situação indicada na letra “b” (C., GAMONAL, 2011, p. 40).

Assevera Georgenor de Sousa Franco Filho que, no cenário nacional, o e-mail corporativo pode ser violado para fins de verificação de procedimentos inadequados que possam responsabilizar o empregador, com base no princípio da proporcionalidade. Para tanto, o autor exemplifica três situações em que pode ocorrer o acesso a tais e-mails, conforme será exposto a seguir (FRANCO FILHO, 2016, p. 30).

Primeiramente, o autor cita a hipótese de analisar o e-mail corporativo para apurar a desídia do empregado, através da verificação do instrumento de trabalho de maneira exagerada para fins alheios ao labor, o que poderia ensejar uma falta grave nos termos do artigo 482, e, da CLT. Em seguida, cita a possibilidade de conferir se o conteúdo do e-mail pode ensejar a prática de ato de improbidade (art. 482, a, da CLT) ou acarretar prejuízos ao empregador ou a terceiros (art. 482, g, j e k, da CLT⁸⁴). E, por último, elenca a necessidade de acesso ao e-mail corporativo quando é preciso apurar crime, como a pedofilia, devendo-se acionar a Polícia Federal nesses casos (FRANCO FILHO, 2016, p. 30-31).

⁸⁴ Art. 482, da CLT: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)

Aprofundando o tema do monitoramento em si, Túlio Lima Vianna esclarece que o controle patronal pode ser feito sem a necessidade de acesso direto ao conteúdo do e-mail corporativo, sendo realizado de forma indireta, portanto. Para o autor, embora as empresas tenham o direito de controlar a quantidade de e-mails que transita em seus servidores, esse direito deve ser exercido sem a necessidade de acesso direto ao teor dos e-mails (VIANNA, 2005, p. 1).

A título de exemplificação, o autor afirma que a empresa pode filtrar o uso de anexos, limitar o número de mensagens enviadas diariamente, selecionar os arquivos de imagem, inibindo mensagens eróticas. Acrescenta, por fim, que o rastreamento do conteúdo dos e-mails configura flagrante violação ao direito fundamental à privacidade (VIANNA, 2005, p. 1).

Ora, não obstante o uso moderado do e-mail corporativo para fins pessoais ocorra na prática e seja tolerado pela maioria das empresas, essa condescendência patronal não exclui da empresa o direito de fiscalizar o conteúdo de tais e-mails.

Impende trazer à baila, a significativa metáfora utilizada por João Oreste Dalazen, doutrinador e Ministro do Colendo Tribunal Superior do Trabalho- TST, que associa o e-mail corporativo como sendo uma correspondência em papel timbrado da empresa (2005, p. 1).

Para Marina Santoro Franco Weinschenker, na hipótese de haver prévia comunicação ao empregado da possibilidade de consulta de seus e-mails corporativos por parte do empregador, inexistente violação ao direito à privacidade do empregado (WEINSCHENKER, 2013, p. 69).

Cumpre, ainda, trazer as considerações de Alice Monteiro de Barros acerca do acesso ao e-mail corporativo: “A vigilância eletrônica e/ou o correio eletrônico poderão ter um futuro promissor, desde que utilizada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização e permitindo-se o acesso do empregado às informações que lhe digam respeito” (BARROS, 2009, p. 87).

Vale destacar que a jurisprudência do Colendo TST é pacífica no sentido de que o empregador pode ter acesso ao conteúdo dos e-mails corporativos, desde que tenha dado ciência ao empregado de que tais e-mails são ferramentas de trabalho de uso profissional.

Assim, além da possibilidade de ter acesso ao conteúdo dos mencionados e-mails, o empregador pode despedir por justa causa o empregado que use indevidamente tal e-mail e incida em uma das hipóteses do artigo 482 Celetista.

Nesse sentido, pode-se citar o acórdão proferido pela 6ª Turma do TST que dispôs que o uso e-mail corporativo para a troca de conteúdo pornográfico, tem o condão de poder

acarretar a justa causa do empregado em decorrência da incontinência de conduta e ato de indisciplina ou insubordinação, nos termos do artigo 482, alíneas, “b” e “h”, da Consolidação das Leis Trabalho, respectivamente (TST- AIRR - 157200-16.2005.5.01.0043, Data do Julgamento: 20/02/2013, Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT: 22/02/2013).

Recentemente, a aludida Turma do TST manteve a justa causa⁸⁵ de um bancário que, mesmo tendo ciência do código de ética do e-mail corporativo, utilizou o referido e-mail indevidamente mantendo conversas de cunho pessoal com colegas de trabalho, com conteúdo íntimo e de conotação sexual (TST- ARR - 20584-95.2014.5.04.0023, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/02/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/02/2017).

No tocante aos e-mails pessoais, a situação é diversa. Tais e-mails não podem ser fiscalizados pelo empregador, mesmo que, por ventura, tenham sido acessados em computadores da empresa e haja proibição expressa de o empregado os acessar no meio ambiente laboral. A proteção aos e-mails pessoais está diretamente atrelada ao pleno exercício do direito à privacidade dos empregados (artigo 5º, X, da CF).

Acerca do tema, impende transcrever a doutrina de Laert Mantovani Júnior que bem sintetiza a temática:

Assim a fiscalização restringe-se aos e-mails que pertencem à empresa e desde que dada a devida ciência ao trabalhador, sendo inadmissíveis o conhecimento, por parte do empregador, dos e-mails pessoais de seus trabalhadores, mesmo estando estes no ambiente de trabalho e utilizando-se dos equipamentos da empresa (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p. 91).

À guisa de conclusão, pode-se dizer que o e-mail corporativo não está, a princípio, salvaguardado pela proteção insculpida no artigo 5º, XII, da Lei Máxima brasileira. Trata-se de uma ferramenta de trabalho que deve ser utilizada para atender às finalidades adstritas ao labor desempenhado. Outrossim, não há que se falar também em violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal, tendo em vista que o direito à privacidade do trabalhador não é vilipendiado pelo fato de o empregador ter acesso ao conteúdo correio eletrônico profissional.

⁸⁵ No caso em tela, o Banco Itaú despediu o bancário por justa causa pelo fato de ele ter utilizado o e-mail corporativo para mandar mensagens pessoais com conteúdos íntimos e de cunho sexual, além de ter acessado a conta de uma colega de trabalho sem o seu consentimento, em evidente violação ao sigilo bancário.

4.4 Revista íntima, de objetos e eletrônica

De acordo com o Dicionário Houaiss, o verbo revistar, utilizado como sinônimo de vasculhar, significa inspecionar, investigar e vistoriar (HOUAISS, 2013, p. 240). A revista pode ser realizada em um objeto, lugar ou pessoa, podendo ser superficial ou detalhada.

Existem vários mecanismos hábeis para exercer a revista, tais como: visual, pelo odor, (normalmente essa espécie é utilizada por animais treinados que detectam a exalação de cheiros); físico, mediante contato físico ou tátil; e eletrônico, através da utilização de ferramentas e dispositivos eletrônicos e/ou magnéticos (CHEHAB, 2015, p. 92).

No meio ambiente laboral, a revista corresponde ao exame do trabalhador para fins de controle de subtração de bens patrimoniais ou, ainda, de porte de objetos que não são permitidos nos quadros da empresa.

Na legislação trabalhista somente existe previsão expressa acerca da revista íntima, proibindo expressamente o empregador ou seus prepostos de realizarem tais revistas nas empregadas ou funcionárias. Trata-se do artigo 373-A, inciso VI, da CLT, inserido em 1999, através da Lei nº 9799.

Ocorre que o princípio da igualdade é amplamente albergado pela Carta Magna, sendo proibido o tratamento discriminatório. Diante disso, a proibição de revistas íntimas indicadas no aludido artigo deve ser estendida para os trabalhadores do sexo masculino. Nesse sentido é a doutrina de Rosana Marques Nunes (2011, p. 32) e a jurisprudência do TST, conforme se depreende dos seus julgados.

A título de exemplificação pode-se citar o AIRR - 679-35.2013.5.06.0007, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 09/03/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

Corroborando a preocupação com a temática, foi aprovado um enunciado na I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho⁸⁶ acerca da matéria, realizada nos dias 21 a 23 de novembro de 2007 na sede do TST (Brasília). Trata-se do enunciado de número 15⁸⁷ que

⁸⁶ A I Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho foi uma realização conjunta da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT) e contou com o apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA).

⁸⁷ Enunciado 15: REVISTA DO EMPREGADO.

I- REVISTA-ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais à dignidade e intimidade do trabalhador.

prevê a proibição de qualquer tipo de revista, íntima ou não, promovida pelo empregador em seus empregados ou seus pertences. Destaque-se que o enunciado é no sentido de estender a vedação para ambos os sexos.

Insta salientar que os enunciados são elaborados e aprovados por juízes, bacharéis em direito, juízes e procuradores do trabalho nas jornadas de direito material e processual do trabalho não refletem necessariamente o entendimento consolidado nos tribunais, eles servem, em verdade, apenas como uma orientação doutrinária acerca de temas relevantes e contemporâneos.

Recentemente, em 15/04/2016, foi promulgada a Lei nº 13.271 que dispõe também acerca da revista íntima. De acordo com o referido dispositivo legal, é vedada às empresas privadas, aos órgãos e às entidades da administração pública, direta e indireta, a adoção de qualquer prática atinente à revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino, havendo a previsão de multa no caso de descumprimento e no caso de reincidência.

Segundo as lições de Sandra Lia Simón, a jurisprudência e a doutrina nacionais entendem que a terminologia revista pessoal abrange a revista íntima (aquela realizada no corpo do empregado) como também a revista realizada nos objetos pessoais dos empregados (coisas que o obreiro carrega consigo, no interior de bolsas, mochilas, por exemplo) (SÍMON, 2000, p. 146).

Para a autora, embora a revista pessoal seja aceita pela jurisprudência nos casos em que se entende que ela é indispensável para a proteção do patrimônio empresarial, esse tipo de revista é atentatório à dignidade da pessoa humana do trabalhador e deve ser coibido. Destaca que o empregador pode realizar um controle sobre os produtos da empresa através de mecanismos tecnológicos e, além disso, apurar criminalmente eventuais furtos ocorridos nos quadros da empresa (SÍMON, 2000, p. 147).

Conforme Ronaldo Nunes Ferreira, o ordenamento jurídico não prevê a hipótese de realização de busca e apreensão ou revista pessoal por particular, razão pela qual é vedado o exercício da polícia privada. Explica o autor, que no Brasil veda-se o regime de autotutela, somente permitindo algumas exceções previstas em lei (FERREIRA, 2013, p. 97).

Na doutrina de Alice Monteiro de Barros, por sua vez, a revista só é aceitável quando ela é realmente indispensável, como nos casos em que a atividade-fim da empresa é o transporte e a guarda de dinheiro, bem susceptível de subtração e ocultação, devendo ser

II-REVISTA ÍNTIMA-VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República (ANGELOTTO JÚNIOR, 2014, p. 5).

realizada de maneira respeitosa. Todavia, a revista é injustificável quando ela reflete um mero comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, havendo outros meios hábeis a cumprir essa função (BARROS, 2009, p. 76).

Ora, o mercado tecnológico oferece alternativas para que não haja agressão ao direito à privacidade dos empregados, como o controle de entrada e saída de produtos, não se fazendo necessário promover revistas nos pertences dos empregados.

Sobre o uso da tecnologia para evitar a realização de revistas, faz-se necessário trazer as considerações de Alice Monteiro de Barros:

A tecnologia também poderá ser usada para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo, a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas, nos estabelecimentos comerciais. Quando utilizada a revista ela deve ser de caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros) (BARROS, 2009, p. 78).

Essa também é a visão de Ronaldo Nunes Ferreira, que defende o uso da tecnologia disponibilizada na atualidade para se obstar o uso de revistas. A título de exemplificação, o autor cita o uso de chips de segurança colocados em determinados produtos para evitar o furto. Segundo o autor, vistoriar pertences e lugares privados dos empregados não é um meio adequado aos fins que se busca (FERREIRA, 2013, p. 98).

Independentemente de a revista realizada pelo empregador envolver contato físico ou não, perfaz-se uma situação constrangedora. Vistoriar pertences do empregado configura violação à privacidade e afronta à liberdade e dignidade do trabalhador, devendo ensejar a uma indenização por dano moral em face desta situação. Ressalva-se, entretanto, que o contato físico viola o direito à privacidade de forma ainda mais agressiva.

Na mesma direção está o entendimento do Ministério Público do Trabalho (MPT). Vale destacar que o *parquet* trabalhista defende, inclusive, que o conceito de revista íntima abrange não só o contato físico ou a visualização de partes do corpo da pessoa, abarcando também a revista de objetos pessoais.

Nessa toada, impende citar a orientação número 2 da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho – Coordigualdade, aprovada nos dias 26 e 27/04/04 durante a III Reunião Nacional do referido órgão: “Orientação n. 2. Revista íntima. Limites. Não serão admitidas revistas íntimas dos

empregados, assim compreendidas aquelas que importem contato físico e/ou exposição visual de partes do corpo ou objetos pessoais”.

Sem embargo, esse não é o posicionamento do TST. A jurisprudência do Colendo TST entende que a revista de pertences realizada sem o cometimento de excessos, sem agressão aos ditames da razoabilidade, decorre do poder diretivo do empregador, sendo, portanto, legítima.

Nessa senda, podem-se citar os julgados proferidos pelas Seções Especializadas em Dissídios Individuais, órgãos especializados em uniformizar a jurisprudência do TST, quais sejam: E-RR 306140-53.2003.5.09.0015, Rel. Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais e DEJT 04.05.2012 e RO - 88700-74.2009.5.05.0000, Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 25.11.2011.

Na Espanha, o Estatuto do Trabalhador tem previsão específica sobre o assunto no seu artigo 18⁸⁸ que trata da inviolabilidade da pessoa do trabalhador. De acordo com esse dispositivo só poderão ser realizadas as revistas sobre a pessoa do trabalhador, em seus armários e pertences, desde que seja indispensável para salvaguardar o patrimônio da empresa e dos demais trabalhadores.

O artigo estabelece, ainda, que a revista seja realizada dentro do horário de labor e nos quadros da empresa, respeitando ao máximo a dignidade e intimidade do trabalhador. Além disso, prevê que a revista deverá ocorrer na presença de um representante legal dos trabalhadores e, na impossibilidade de isso ocorrer, na presença de outro trabalhador, se possível.

O dispositivo em comento tem sido objeto de diversas críticas por parte da doutrina. De um lado, há os que entendem que o empregado tem o direito de resistir à revista, por ser ilegítima. Alguns doutrinadores defendem que o artigo em tela vilipendia o direito à intimidade do empregado e a presunção de inocência protegidos na Constituição espanhola, não acarretando nenhuma sanção a sua desobediência. Outros asseveram que o dispositivo em análise fere frontalmente o direito à intimidade, além de permitir um tratamento desigual ao

⁸⁸ *Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador.*

Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible. (ESPAÑA, 2015, p. 100243-100244).

empregador, já que ele terá um privilégio no campo protetivo de seus bens que não é estendido aos empregados (BARROS, 2009, p. 40-41).

O ordenamento italiano, por sua vez, dispõe sobre a revista de empregados de maneira diversa. Segundo o artigo 6º do Estatuto do Trabalhador, a revista precisa ser indispensável para a proteção do patrimônio; somente pode ser feita na saída dos locais de trabalho, mediante um sistema de seleção impessoal, com base em critérios objetivos, atreladas à coletividade ou a grupo de empregados. As condições em que será realizada a revista pessoal deverão ser pactuadas entre o empregador e o representante sindical ou, na falta deste, a comissão interna. O empregador poderá requerer, na hipótese de inexistência de acordo, que o Inspetor do trabalho autorize a revista (BARROS, 2009, p. 42-43).

O aludido artigo é considerado constitucional pela Corte Constitucional Italiana, “enquadra-se no complexo das normas que regulam as relações empregatícias, sendo pois ato de uma realidade necessária” (BARROS, 2009, p. 43-44). Não viola o artigo 13 da Constituição Italiana que proíbe a detenção ou perquirição pessoal, salvo por ato motivado da autoridade judicial e somente nos casos e modos previstos na lei, nem lesa a autonomia do indivíduo, já que precisa da aquiescência deste⁸⁹.

Em Portugal, inexistente previsão legal específica que disponha acerca da revista dos trabalhadores. Entretanto, Amaury Haruo Mori conclui que “as revistas realizadas na pessoa dos trabalhadores e em seus pertences constituem desrespeito ao dever de guardar reserva quanto à intimidade da vida privada, pode-se afirmar que a proteção jurídica do trabalhador encontra fundamento na regra geral do artigo 16, nº 1 do Código de Trabalho Português”⁹⁰ (MORI, 2011, p. 98).

No Chile, a jurisprudência administrativa⁹¹ consolidou-se no sentido de que os sistemas de controle dos trabalhadores na sua saída da empresa após a jornada de trabalho devem ser feitos sob determinadas condições: estar previsto em normas regulamentares, cuja criação a lei exige; as medidas de revista e controle devem ser adequadas aos objetivos perseguidos; o controle não pode ter um caráter pré-policial, investigatório ou repressivo

⁸⁹ Alice Monteiro de Barros afirma que, caso o empregado recuse injustificadamente, caberá apenas a responsabilidade disciplinar (2009, p. 44).

⁹⁰ De acordo com Amaury Haruo Mori defende que não cabe exceções, sendo vedada as revistas dos trabalhadores e seus pertences. Todavia, o autor assevera que “caso se admita alguma exceção, deve-se considerar que as restrições ao direito à intimidade da vida privada limitam-se ao mínimo necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, na forma do n. 2 do artigo 18º da CRP” (2011, p. 98).

⁹¹ O Parecer nº 8273 de 19/12/1995 elaborado pela Direção do Trabalho, organismo fiscalizador daquele país e responsável pela jurisprudência administrativa chilena, é nesse sentido.

diante de presumidos fatos ilícitos ocorridos no meio ambiente laboral, devendo o sistema de revista ter como características a despersonalização e generalidade (C., GAMONAL, 2011, p. 35-36).

Outro aspecto a ser abordado é a revista pessoal eletrônica, modalidade de revista existente na sociedade da informação. Segunda a doutrina de Gustavo Carvalho Chehab, essa revista “é feita por meio do uso da tecnologia e pode ser mais intrusiva ou menos intrusiva. Há como utilizar scanner e aparelhos de raio X de alta definição ou simples chip ou etiqueta magnética em produtos e bens” (CHEHAB, 2015, p. 93).

De acordo com o autor, na hipótese de se admitir a utilização de mecanismos tecnológicos para a realização desse tipo de revista pessoal, é preciso atentar para a observância dos princípios da finalidade, adequação, transparência, confidencialidade e segurança (CHEHAB, 2015, p. 93).

O jurista alerta que a revista pessoal eletrônica dos trabalhadores pode representar uma grave violação aos direitos fundamentais dos obreiros, pela possibilidade de registro e de divulgação de dados obtidos nessas revistas (CHEHAB, 2015, p. 93).

Diante disso, o autor frisa a necessidade de realizar com cautela a revista pessoal eletrônica, devendo ser proibida a gravação, cópia ou transmissão das imagens e informações colhidas; como também, deve ocorrer o respectivo descarte logo após a realização da revista, sob pena de afronta a diversos princípios, tais como: da proporcionalidade, adequação, lealdade e boa fé (CHEHAB, 2015, p. 93).

Em suma, a tecnologia deve ser usada para impedir ou, ao menos, evitar as revistas, já que estas, na maioria das vezes, violam a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Assim, os mecanismos informatizados devem ser utilizados em prol do bem estar do homem e não como ferramentas usadas para vilipendiar os direitos fundamentais do trabalhador e, conseqüentemente, coisificar o obreiro.

5 CONCLUSÃO

O paradigma da Sociedade da Informação, marcado pelos avanços tecnológicos no sistema de comunicação e da informação, permite que dados, imagens e informações sejam obtidos com certa facilidade, sendo possível divulgá-los em uma rapidez vertiginosa.

Nesse panorama, observa-se que as relações sociais sofreram e sofrem influxo desses desenvolvimentos e inovações, sendo possível constatar que o meio ambiente laboral não está alheio a esta realidade. Em verdade, a nova era da tecnologia da informação e comunicação repercute nas relações trabalhistas contemporâneas de maneira expressiva.

Diante disso, muitas empresas, com base no poder de direção e no direito à informação, utilizam mecanismos informatizados para exercer um controle excessivo da atividade laboral dos empregados, bem como para ter acesso à vida privada dos trabalhadores, tanto na fase pré-contratual, como também durante o vínculo trabalhista.

No entanto, cumpre destacar que o poder de direção do empregador e os demais direitos que lhe são conferidos pela legislação devem ser sempre interpretados à luz da Constitucionalização do Direito, fenômeno que representou uma profunda mudança na interpretação das normas jurídicas. As leis, inclusive as trabalhistas, passaram a ser lidas e entendidas sob um novo olhar, o olhar constitucional.

O Direito do Trabalho, como qualquer outro ramo do direito, passa por uma mudança significativa. O caráter tuitivo, que sempre representou a própria razão de ser daquele ramo, revela-se ainda mais otimizado.

Nas situações em que há uma aparente colisão entre o direito à privacidade dos trabalhadores e o direito à informação do empregador, faz-se necessário analisar as especificidades de cada caso e aplicar a proporcionalidade na sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), com o intuito de não esvaziar nenhum direito fundamental por completo, protegendo, assim, o seu núcleo essencial.

Ora, não se pode negar que existe, de fato, um desequilíbrio de forças nas relações trabalhistas de uma maneira em geral. Em razão disso, há que se ter mais atenção nos casos envolvendo os mencionados conflitos, com o fito de salvaguardar os direitos humanos do trabalhador.

Nessa senda, os empregadores e a sociedade como um todo devem compreender que a inserção do empregado no meio ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, a sua condição de cidadão é sempre mantida.

Diante desse contexto, diversos casos em que os direitos à privacidade dos trabalhadores são violados chegam ao Poder Judiciário. Nessa conjectura, esse poder tem assumido o múnus de julgar as demandas através dos novos paradigmas trazidos pela Carta Política de 1988, como o valor social do trabalho, erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV).

À guisa de conclusão, pode-se dizer que o Direito não pode ficar alheio a essa nova realidade social, é preciso harmonizar o avanço da Internet e dos meios de comunicação e informação com a necessidade de se alcançar algum controle sob o grande número de informações existentes no mundo globalizado. Afinal, os direitos da personalidade dos trabalhadores não devem simbolizar apenas promessas vazias escritas no papel, é preciso dar concretude e salvuardá-los, principalmente diante de um cenário de crise e debilidade econômica, que fomenta o aviltamento de tais direitos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015a.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015b.
- ALONSO, Félix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. (Coord.). **Direito à privacidade**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.
- ALVES, Ricardo de Paula. Vida pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador: considerações sobre a experiência do direito francês. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. (Coords.). **Direito à privacidade**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.
- ALVIM, Márcia Cristina de Souza. Ética na informação e o direito ao esquecimento. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden. **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANGELOTTO JÚNIOR, Sérgio. **Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. 2014. Disponível em: <<https://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em 25 abr. 2017.
- ARAÚJO, Adriane Reis de. A liberdade de consciência do trabalhador em empresas ideológicas: uma análise da experiência espanhola. **Revista LTr**, São Paulo, ano 77, maio 2013.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Congressos Nacionais dos Magistrados da Justiça do Trabalho: A história dos Conamats de 1990 a 2014 (1a a 17 edições)**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24315/cadernos_anamatra_conamats_site.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 4. ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BATALLA, Antoni Roig. El uso de internet em la empresa: aspectos constitucionales. *In*: BATALLA, Antoni Roig (Coord.). **El uso laboral y sindical del correo eletrônico e Internet em la empresa: Aspectos constitucionales, penales y laborales**. Valencia: Tirant lo blach, 2007.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho**. 18 nov. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/en/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513>. Acesso em: 18 maio 2017.

BERNARDES, Fátima; ROLLI, Cláudia. Empresas criam “cartel antitrabalhador”. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 set. 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0809200202.htm>>. Acesso em: 05 maio 2017.

BIESEUL, Xavier. **Un employeur peut-il traquer ses salariés sur les reseaux sociaux?** 27 abr. 2010. Disponível em: <<http://bfmbusiness.bfmtv.com/01-business-forum/un-employeur-peut-il-traquer-ses-salaries-sur-les-reseaux-sociaux-515856.html>>. Acesso em: 18 maio. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo. C. B. Internet, cyberbullying e lesão dos direitos da personalidade: o alcance atual da teoria da reparação civil por danos morais. Homenagem a José de Oliveira Ascensão. *In*: SIMÃO, José Fernando; Beltrão, Silvio Romero (Coords.). **Direito Civil: Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Volume 1 Teoria Geral do Direito, Bioética, Direito Intelectual e Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição de 1824**. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição de 1891**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição de 1934**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição de 1937**. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição de 1946**. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição de 1967**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452 de 1943**. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015

BRASIL. **Lei 12527 de 2011**. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei 12528 de 2011**. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei 12965 de 2014**. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei 13.271 de 2016**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13271-15-abril-2016-782899-publicacaooriginal-150109-pl.html>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei 7756 de 2010**. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=31488AFB996CD34FE4F0CFAD3BF41437.proposicoesWebExterno2?codteor=795961&filename=PL+7756/2010>. Acesso em: 16 maio. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1. Região). **Recurso Ordinário nº1908006520095010244-RJ**, Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Data de Julgamento: 24/04/2013, Sétima Turma, Data de Publicação: 05/06/2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região) **Recurso Ordinário nº 00439.2003.011.10.00.2-DF**. Relator: juiz convocado Ricardo Alencar Machado, 1ª Turma do TRT, publicado no DJU em 20/02/2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário nº- 88700-74.2009.5.05.0000**, Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 25.11.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 392-04.2012.5.15.0154**, Data de Julgamento: 03/02/2016, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/02/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 679-35.2013.5.06.0007**, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 09/03/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1272-82.2014.5.06.0313**, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 26/10/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/11/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1649-53.2012.5.03.0007**, Data de Julgamento: 07/12/2016, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 157200-16.2005.5.01.0043**, Data do Julgamento: 20/02/2013, Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/02/2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 20584-95.2014.5.04.0023**, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/02/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/02/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Embargos nº 306140-53.2003.5.09.0015**, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 384-49.2012.5.12.0012**, Ministro Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 10/12/2014, 7ª Turma do TST, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 84500-31.2009.5.09.0091**, Ministro Relator: Desembargador Convocado José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza Data de julgamento: 27/06/2012, 1ª Turma do TST, Data de Publicação: DEJT 11/10/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 9956500-42.2006.5.09.0091**, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/11/2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 113000-31.2009.5.17.0012**, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 08/03/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/03/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 177300-95.2009.5.03.0107**, Relator Ministro: Ministro João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 03/05/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017.

BRITES, Nadir Helena Costa. **Videovigilância no emprego: Direito à reserva da vida privada do trabalhador**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais)- Universidade Lusófona de Ciências Humanidades e Tecnologias. Lisboa, 2014. Orientador: Antônio Gonçalves Rocha. Disponível em:<<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5820/Tese%20Nadir%20Brites.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

C., GAMONAL Sergio. **Cidadania na empresa e eficácia dos direitos fundamentais**. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

CALVO, Adriana. O Conflito entre poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. **Revista Eletrônica**, junho de 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/95880/2013_calvo_adriana_conflito_poder.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 mar. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Luciene. Direitos Humanos dos Trabalhadores. *In*: LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **O Direito do Trabalho e o Direito Internacional, questões relevantes**: Homenagem ao Professor Osiris Rocha, São Paulo: LTr, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, v. 1. Tradução de Roneide Venancio Majer; Colaboração de Klauss Brandini; Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CASTILLO, María Teresa Alameda. **Estagios previos al contrato de trabajo y discriminación**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A privacidade ameaçada de morte**: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática. LTr, 2015.

COMO Trump e Brexit ajudaram a cunhar a ‘palavra do ano’ escolhida pelo dicionário Oxford. **BBC Brasil**, 16 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37998165>>. Acesso em: 18 maio. 2017.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. **O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana**: Direito, Ética e Sociedade. Florianópolis, n. 43, p. 135-161, jul./dez. 2013.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião Consultiva nº18, de 17 de setembro de 2003**, San José, Costa Rica. 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es>. Acesso em: 30 abr. 2017.

CROSS TAB. **Online reputation in a connected world**. 2010. Disponível em: <https://www.job-hunt.org/guides/DPD_Online-Reputation-Research_overview.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

CUIDADO com as mídias sociais: seu futuro empregador está de olho. **Portal G1**, São Paulo, 27 maio. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2016/05/cuidado-com-midias-sociais-seu-futuro-empregador-esta-de-olho.html>>. Acesso em: 18 abr. 2017

CUNHA, Carolina. Por que “pós-verdade” foi eleita a palavra do ano e o que ela diz sobre 2016? **UOL**, São Paulo, 31 dez. 2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/31/por-que-pos-verdade-foi-a-palavra-do-ano-e-o-que-ela-diz-sobre-2016.htm>>. Acesso em: 15 maio 2017.

DALAZEN, João Oreste. E-mail: O empregador pode monitorar? **Folha de São Paulo**, 17 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/noticias/monitoramentodee-mail.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição a vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução em português www.terravista.pt. Projeto periferia, 2003. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/socespetaculo.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho Constitucional. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/39779>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos trabalhistas como dimensão dos direitos humanos. *In*: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coords). **Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT Comentadas**. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DICIO. **Dicionário Online da língua portuguesa**. 2009. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/pesquisa.php?q=tuitiva>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

DINIZ, Ana Paola. Bando de dados e intimidade: Informática no Trabalho. Vistos etc. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região**, Salvador, n. 8, 2008.

DONEDA, Danilo. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. **Revista Internacional de Protección de Datos Personales**. n. 1., dez. 2012. Disponível em: <https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Danilo-Doneda_FINAL.pdf>. Acesso em: 13 maio 2017.

DURÁN, Carolina Gala. La reciente negociación colectiva em el ámbito del uso de internet y del correo eletrônico em las empresas. *In*: BATALLA, Antoni Roig (Coord.). **El uso laboral y sindical del correo eletrônico e Internet em la empresa**. Valencia: Tirant lo blach, 2007.

EMPRESAS usam redes sociais para avaliar perfil de candidatos em S. José. **Portal G1**, 13 jul. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/concursos-e-emprego/noticia/2016/07/empresas-usam-redes-sociais-para-avaliar-perfil-de-candidatos-em-s-jose.html>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

ESPANHA. **La Ley Del Estatuto de los trabajadores**. Boletín Oficial del Estado nº 255, 24 out. 2015. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf>>. Acesso em 22 maio. 2017.

FARIA, Alessandra Gomes de. Sorria! Você está sendo filmado! *In*: FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al., (Orgs.). **Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2013.

FERREIRA, Ronaldo Nunes. **O direito à intimidade do empregado e o poder empregatício**: Reflexão Acerca da Revista Pessoal. Jundiaí, Paco Editorial, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Intimidade e privacidade do trabalhador direito internacional e comparado**. São Paulo: LTr, 2016.

FRIEDMAN, David. **Futuro Imperfecto**: tecnologia y libertad em um mundo incierto. Tradução de Jonathan Marqués. Ediciones Innisfree, 2014.

GOMES, Ivanna dos Santos. Atividade normativa da OIT: Convenções e Recomendações e sua contribuição para o Direito Internacional do Trabalho. *In*: LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **O Direito do Trabalho e o Direito Internacional, questões relevantes**: Homenagem ao Professor Osiris Rocha, São Paulo: LTr, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss**: sinônimos e antônimos. Instituto Antônio Houaiss; diretor de projeto: Mauro de Salles Villar São Paulo: Publifolha, 2013.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6., 2013, Brasília. **Enunciados...** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 180 p. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

LUJÁN, Hiruma Victoria Ramos. La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías. **Revista de ciencias jurídicas**. Las Palmas de Gran Canaria: Servicio de Publicaciones, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, n. 7, 2002.

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

MARTINEZ, Luciano. **Curso do Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAUS, Ingebord. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2016.

MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais**. São Paulo, LTr, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português**. São Paulo: LTr, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturante do direito**. Tradução de Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: RT, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

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

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT**. Ginebra, 1997. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A abordagem da OIT sobre a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento no mundo do trabalho**. 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilica/documents/publication/wcms_229490.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções não ratificadas**. [2011a]. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilica/convencoes/WCMS_242947/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 29 maio. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções ratificadas**. [2010]. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilica/convencoes/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 29 maio. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O que é trabalho decente**. [2011b]. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>>. Acesso em: 03 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendações**. [2011c]. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilica/convencoes/WCMS_242958/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PERONE, Giancarlo. OIT: funcionamento e independência. *In*: LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **O Direito do Trabalho e o Direito Internacional, questões relevantes: Homenagem ao Professor Osiris Rocha**, São Paulo: LTr, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. **Panorama General**. Informe sobre desarrollo humano 2016: desarrollo humano para todos. 2016. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/HDR2016_SP_Overview_Web.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; CASTRO, Bruno Denis Vale. Tratados internacionales de protección de los derechos humanos: su impacto en el ordenamiento jurídico brasileño. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**.v. 12, p. 156, 2015. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/ReDCEsumario24.htm>>. Acesso em: 29 maio 2017.

SAIBA como tirar proveito das redes sociais para conseguir emprego. **Portal G1**, São Paulo, 18 set. 2009, Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Concursos_Empregos/0,,MUL1308868-9654,00-SAIBA+COMO+TIRAR+PROVEITO+DAS+REDES+SOCIAIS+PARA+CONSEGUIR+EMPREGO.html>. Acesso em: 17 abr. 2017.

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

SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)- Universidade do Minho, 2014. Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35129/1/L%C3%ADgia%20Maria%20Costa%20Santos.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden. **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coords.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumini Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

SILVA, Lucas Gonçalves da; DETONI, Andréa Galvão Rocha. A proteção dos direitos fundamentais à luz da sociedade da informação. *In*: VEIGA, Fábio da Silva; GONÇALVES, Rúben Miranda. (Orgs.). **O Direito Constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global**. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2016.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Leonardo Lessa Prado. A Constitucionalização do Direito como paradigma para a ciência jurídica: o necessário cuidado para com algumas armadilhas do neoconstitucionalismo brasileiro. *In*: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menzes. (Coords.). COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. PASSOS, Daniela Veloso Souza. (Orgs.). **Temas do pensamento Constitucional Brasileiro**. v. 4. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SILVA; Luciana Aboim. Direito social do trabalhador: salário justo. *In*: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, 1, Viña, Jordi Garcia; Feitosa, Raymundo Juliano (Orgs.). Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v. 10.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3, tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

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

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. *In*: GOZZA, Débora (coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coords.). **Direito à privacidade**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

URIARTE, Oscar Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. **Rev. TST**, Brasília, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/25360/011_uriarte.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 abr. 2017.

URÍAS, Joaquín. **Principios de derecho de la infomación**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2014.

VIANNA, Túlio Lima. Violação à privacidade: quero monitorar os e-mails dos ministros do TST! **Revista Consultor Jurídico**. 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-mai-18/quero_monitorar_e-mails_ministros_tst> Acesso em: 05 abr. 2017.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, dez. 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html >. Acesso em: 22 abr. 2017.

WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. **A vida laboral e extralaboral do empregado: a privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2013.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus reflexos. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf> >. Acesso em: 12 fev. 2016.