



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**O DIREITO À PRIVACIDADE E O PODER DIRETIVO DO
EMPREGADOR**

João Augusto Vanzin

Lajeado, julho de 2016



João Augusto Vanzin

O DIREITO À PRIVACIDADE E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Monografia apresentada ao curso de
Direito do Centro Universitário
UNIVATES, para obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ms. Fernanda
Marders

Lajeado, julho de 2016

RESUMO

A presente monografia traz como proposta analisar o limite do poder diretivo do empregador em face ao direito à privacidade do empregado através da adoção de mecanismos de monitoração como meio de fiscalização. Com base na doutrina e na jurisprudência referentes ao tema “O Direito à Privacidade e o Poder Diretivo do Empregador” aborda-se os direitos fundamentais e sua relação com a dignidade da pessoa humana; o poder de direção do empregador e suas limitações; e por fim, questões específicas de violação à intimidade no ambiente de trabalho. Referente a metodologia, o presente estudo, quanto a sua abordagem, é de natureza qualitativa, já quanto ao objetivo geral, classifica-se como pesquisa em exploratória, sendo utilizado como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica. Sobre o tema abordado, o estudo demonstra que, em alguns casos, essa fiscalização se dá de forma a invadir a intimidade e a esfera privada do empregado. Tal conduta além de se configurar em violação à dignidade da pessoa humana, também se traduz em ilícita. Surgindo conflito entre o direito à privacidade e o poder diretivo do empregador, este deve ser ponderado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e pelo bom senso. Quando a linha divisória no choque do poder diretivo com a privacidade do empregado for muito tênue, há de prevalecer os direitos fundamentais garantidos ao empregado, pois toda a lógica jurídica se concentra em tal proteção à luz da Constituição Federal do Brasil.

Palavras-chave: Direito à privacidade. Limitações. Poder diretivo. Relações de Trabalho. Violação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	04
2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.....	07
2.1 Noção de dignidade da pessoa humana.....	07
2.2 Direitos fundamentais e sua relação com a dignidade humana.....	10
2.2.1 Classificação dos Direitos fundamentais.....	12
2.3 Direitos da personalidade.....	16
2.3.1 Direitos à intimidade e à vida privada.....	20
2.4 Direitos fundamentais no ambiente de trabalho.....	22
3 PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR.....	25
3.1 Conceito legal de empregador e empregado.....	25
3.2 Poder diretivo e subordinação.....	27
3.3 Limitação ao poder empregatício.....	33
3.4 Abuso de direito no exercício do poder empregatício.....	38
4 QUESTÕES ESPECÍFICAS DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO.....	42
4.1 Revista pessoal e íntima.....	42
4.2 Monitoramento audiovisual.....	46
4.3 Escuta telefônica.....	49
4.4 Uso da internet e do correio eletrônico.....	52
4.5 O direito do empregador à prova.....	60
4.5.1 A problemática da prova ilícita no processo do trabalho.....	61
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

O ambiente de trabalho está cada vez mais centrado no conhecimento e na informação. O trabalho intelectual e específico está ocupando o espaço do trabalho braçal, que até outrora era primordial para o desenvolvimento industrial.

As empresas se desenvolvem pautadas nas tecnologias disponíveis no mercado, em especial, a informática. Nesse contexto, os empregados também se utilizam dessa tecnologia como ferramenta de trabalho, a exemplo do correio eletrônico.

Essas facilidades tecnológicas permitem às empresas agilidade em seus processos, tendo como consequência o ganho de produtividade, que é convertido em lucros. Além disso, estas também permitem ao empregador a possibilidade de controle e fiscalização de seus funcionários, o que traz ao âmbito do trabalho novas possibilidades de invasão à intimidade.

Trata-se de um assunto deveras complexo e polêmico. De um lado temos o empregado, figura hipossuficiente na relação, que deve ter assegurado, com base na premissa da dignidade da pessoa humana, o efetivo respeito à liberdade, como forma de assegurar uma vida digna e o respeito aos seus direitos à intimidade e à vida privada. Por outro lado, temos o empregador com o seu poder diretivo e de propriedade, este último conferindo-lhe poder de fiscalização. Diante do exposto surge a problemática: Qual é o limite entre o poder diretivo e de propriedade do empregador e o direito à privacidade do empregado?

Assim, o presente trabalho traz como proposta analisar a licitude, por parte do empregador, com base em seu poder empregatício e no direito da propriedade,

valendo-se da utilização de mecanismos de monitoração para a fiscalização do empregado.

Com o intuito de atender ao objetivo proposto, no primeiro capítulo do estudo abordar-se-á conceitos e noções gerais sobre os direitos fundamentais e sua relação com a dignidade da pessoa humana. Já no segundo capítulo será tratado o poder de direção do empregador e suas limitações; e por fim, no terceiro e último capítulo serão abordadas questões específicas de violação à intimidade no ambiente de trabalho.

Esta pesquisa justifica-se, entre outras razões, pelo assunto ser relativamente novo, sendo que há escassez de legislação específica que trate do tema. Nesse sentido, há um vasto território a ser explorado, tornando o objeto da pesquisa fascinante, repleto de nuances e dúvidas, para as quais faltam respostas firmes e convincentes na legislação trabalhista, sendo por vezes as decisões tomadas com base no entendimento de cada aplicador do direito.

Outro motivo importante é o grande número de pessoas que esse tema contempla, visto que no contexto empresarial atual, cercado de informatização e tecnologia, a grande maioria está inserida, seja como empregado ou como empregador. Assim, entende-se, que cada vez mais ocorrem situações de conflitos entre as partes, envolvendo certamente questões tratadas nesse trabalho. Por fim, retomando o fato de tratar-se de um assunto recente, entende-se que a presente pesquisa poderá servir de base para estudos futuros e mais aprofundados sobre o assunto.

Referente à metodologia utilizada, o presente estudo, quanto a sua abordagem, é de natureza qualitativa. Malhotra (2006) destaca que a pesquisa qualitativa propicia melhor visão acerca do problema, além de nos fazer compreender melhor o contexto dos fatos. A pesquisa qualitativa caracteriza-se por não ser estruturada, tendo por objetivo prover percepções e compreensão acerca do problema.

Já quanto ao objetivo geral, classifica-se esta pesquisa como exploratória. O objetivo da pesquisa exploratória é explorar ou fazer uma busca em um problema ou em uma situação para prover critérios e maior compreensão (MALHOTRA, 2006).

Em relação aos procedimentos técnicos, será utilizado de pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, isto é, material acessível ao público em geral, o material publicado pode ser fonte primária ou secundária (VERGARA, 2006). O seu objetivo é colocar o pesquisador em contato direto com tudo que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto (MARCONI E LAKATOS, 1996).

O trabalho respalda-se na doutrina e na jurisprudência referente ao tema “O Direito à Privacidade e o Poder Diretivo do Empregador”, este delimitado ao ambiente de trabalho, em relação à utilização dos meios de fiscalização pelo empregador e no que diz respeito à observância ao respeito à intimidade e à vida privada do empregado.

2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

O direito à intimidade e a vida privada são garantias fundamentais do indivíduo, as quais lhe garantem proteção contra a intromissão de terceiros na esfera particular do ser, no que diz respeito a fatos, pensamentos, sentimentos, os quais ele não deseja externar, pois são seus, são pessoais, nesse sentido, desenvolver-se-á o presente capítulo.

2.1 Noção de dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um valor universal, inviolável, irrenunciável e inalienável. É um conjunto de características inerentes aos seres humanos ao quais lhes infunde respeito, valor e honra.

O significado da palavra dignidade da pessoa humana é definido segundo o dicionário Aurélio como: “1 Qualidade de digno. 2 Modo digno de proceder. 3 Procedimento que atrai o respeito dos outros. 4 Brio; gravidade. 5 Cargo ou título de alta graduação. 6 Honraria. 7 Dignitário”.

Conforme Júnior (2009), a dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Brasileira, é um dos fundamentos do Estado democrático de Direito e princípio fundamental a qual todo o ordenamento jurídico brasileiro se reporta.

Pontua Kant (1785) que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte,

o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade. Para o autor há duas categorias de valores, o preço e a dignidade.

Complementa Júnior (2009) tal pensamento kantiano dizendo que a dignidade representa um valor interior (moral), de interesse geral e o preço representa um valor exterior (de mercado), manifestando interesses particulares, ou seja, as coisas têm preço, já as pessoas, dignidade.

Sendo assim, a dignidade humana é um valor absoluto, pleno. É o fundamento de todos os direitos individuais, uma vez que com a observância de tais garantias, estar-se-á concretizando o valor supremo da dignidade da pessoa humana (JÚNIOR, 2009).

Para Ferreira (2013, p. 19) “toda a atividade legislativa e decisão do Poder Judiciário devem observância ao princípio da dignidade humana e ao valor ali incrustado, sob pena de afronta ao fundamento do Estado Brasileiro”.

Ainda no tocante à dignidade, o autor se manifesta no sentido de que o respeito a esse princípio estruturante impõe-se tanto ao particular, quanto às instituições, sejam públicas ou privadas.

A dignidade da pessoa humana encontra-se presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Na Constituição Federal de 1988, expressão “dignidade humana” é contemplada logo em seu artigo primeiro, como se pode verificar:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana [...]

No capítulo VII, da Constituição Federal do Brasil que trata da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso também se percebe menção à dignidade humana:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...] (grifo nosso)

Já o artigo 227 do mesmo diploma legal versa que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL nº 65, de 2010).

Igualmente, o artigo 230 revela que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

No tocante ao trabalho o artigo 170 da CF aduz que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna”.

Percebe-se que existe uma grande e estreita relação entre dignidade e trabalho, uma vez que o trabalho deve estar permeado de condições que possam satisfazer, concretizar o valor maior, qual seja a dignidade humana.

Essa relação entre trabalho e dignidade pode ser verificada no artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos que explana:

Artigo XXIII 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Com base na proteção internacional, a legislação brasileira estabelece um mínimo de garantia à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, assim como visto na Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho garante a privacidade do trabalhador. O artigo 389 da Consolidação das Leis do Trabalho demonstra preocupação com a intimidade, reservando um espaço para que a troca

de uniforme das empregadas seja separada da dos empregados do sexo masculino, almejando assim, o cumprimento ao princípio da dignidade humana.

A necessidade de um conceito mínimo de dignidade da pessoa humana, é sustentada por Sarlet (2012), no qual todo ser humano deve perceber tanto do Estado quanto da comunidade respeito e consideração. Nesse sentido há um leque de direitos e deveres fundamentais que objetivam proteger a pessoa de qualquer ato desumano e degradante, bem como garantir as mínimas condições para uma vida saudável.

Nesse sentido, temos que a dignidade humana é inerente ao homem, sendo intrínseca e irrenunciável, como também, ao passo de princípio do ordenamento jurídico brasileiro, é fonte basilar para as demais normas, devendo assim, ser observada tanto por quem faz a norma quanto por quem a interpreta. Com base nisso, passa-se a desenvolver o subcapítulo a seguir, e relacionar os direitos fundamentais contidos no texto constitucional com a dignidade humana.

2.2 Direitos fundamentais e sua relação com a dignidade humana

Os direitos fundamentais são garantias individuais que, quando respeitados concretizam o alcance da dignidade da pessoa humana. A doutrina não é unânime quanto às denominações no que se referem à expressão “direitos fundamentais”.

Demonstra Júnior (2009) que na própria Carta Magna, constata-se várias denominações sinônimas em relação à expressão “direitos fundamentais”, quais sejam: (a) direitos humanos (art. 4º, II); (b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II); (c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); e (d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Apesar da discussão doutrinária a respeito da melhor expressão a ser utilizada, no presente trabalho será adotada ora a expressão direitos fundamentais, ora a expressão direitos humanos, por entender que tanto uma quanto a outra denominação se fazem importantes e, pelo fato de entender que uma não exclui a outra devido ao fato de serem sinônimas.

Observa ainda Júnior (2009), que não há um consenso em relação a qual expressão seria a mais correta, mas, filia-se a corrente para a qual a expressão “direitos humanos” está relacionada com os documentos de direito internacional, enquanto que a expressão “direitos fundamentais” relaciona-se com os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Desta forma, os direitos fundamentais surgem e se desenvolvem com a positivação nas Constituições nas quais foram admitidos e tutelados.

Em consonância Filho *apud* Junior (2008, p. 20), que:

os direitos fundamentais devem ser considerados como aqueles reconhecidos pelo Estado na ordem interna como necessários à dignidade da pessoa humana; já os direitos humanos podem ser definidos como um conjunto de direitos voltados à garantia do respeito da dignidade humana por todos os estados, todos os povos em todos os lugares, independentemente de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais.

Dessa forma, “todo o Estado que contemple a dignidade da pessoa humana deve reconhecer direitos aos seres humanos com a finalidade de preservá-la...” (JÚNIOR, 2009, p. 11). Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é um valor-guia, objetivo mais nobre e importante a ser concretizado através dos direitos fundamentais.

Distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais é feita por Canotilho *apud* Júnior (2009, p. 13). O autor defende que: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”. Complementa que são

de caráter inviolável e oriundos da própria natureza humana, enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e no espaço; seriam os direitos objetivamente vigentes em uma determinada ordem jurídica. Quanto às liberdades públicas, leciona que estão ligadas a um *status* negativo e através delas se visa defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do estado.

Nesse sentido, Júnior (2009), reforça a ideia supra, salientando que além da proteção jurídica para limitar o poder estatal em relação à interferência no plano individual dos cidadãos (prestação negativa), os direitos fundamentais servem para cobrar do ente estatal ações que visem concretização de tais direitos.

Para entendermos um pouco melhor o que são os direitos fundamentais, utilizaremos algumas classificações a respeito do tema.

2.2.1 Classificação dos Direitos fundamentais

No que tange à classificação dos direitos fundamentais, a doutrina clássica, entende que os direitos de quarta, quinta, sexta dimensão e assim sucessivamente, nada mais são do que desdobramentos dos anteriores, os ordena como sendo de primeira, segunda, ou terceira dimensão. Há também, doutrinadores que utilizam cinco (ou mais) dimensões de classificação dos direitos fundamentais. Por acreditar ser mais didático, será utilizada a classificação dos direitos fundamentais com cinco dimensões no presente estudo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos individuais e políticos clássicos, sendo inalienáveis e imprescritíveis. São os direitos de liberdade, surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta. Como exemplo de tais direitos, o autor cita a liberdade de ir, vir e permanecer, a inviolabilidade do domicílio, a propriedade, a liberdade de profissão ou de associação, entre outros (JUNIOR, 2008).

São chamados de direito de primeira dimensão, pois se constituem na primeira reação positiva dos indivíduos contra o absolutismo estatal, gerando no próprio Estado uma obrigação negativa, ou seja, uma obrigação de não fazer, de não intromissão nas liberdades públicas. Houve uma valoração do homem diante do Estado.

Todavia, com o passar do tempo essa abstenção, essa inércia pelo poder público tornou-se insuficiente para garantir o bem-estar das pessoas, havia a necessidade de uma prestação positiva pelo Estado para com a sociedade. Tal necessidade surge, pois sem a intromissão do Estado, os mais ricos, os que mais detinham poder acabavam por explorar os menos favorecidos. Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem, em meio ao cenário de industrialização, pois verificou-se à época a exploração do homem pelo homem,

obrigando o Estado a ter uma conduta mais positiva, ou seja, com intervenção em certas questões.

Como se pode perceber, ao invés do Estado adotar uma postura negativa, omitir-se, como no caso dos direitos de primeira dimensão, nessa dimensão dos direitos fundamentais o Estado age para suprir a necessidade das pessoas. São os direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos, que foram introduzidos no constitucionalismo sob várias formas de Estado Social e referem-se à igualdade de todos, sendo esse o princípio que norteia tais direitos.

Destaca Junior (2008) que os direitos de primeira dimensão dominaram o século XIX, e os de segunda dimensão dominaram o século XX. Conforme o autor, foi nesse período que nasceu o direito do trabalho e o direito sindical, com a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e com o ganho de força do movimento sindical internacional.

Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, os direitos de terceira dimensão são metaindividuais, direitos coletivos e difusos, sendo que seu titular não é mais o indivíduo, e sim, a coletividade.

Os direitos de terceira dimensão não regulam as relações entre indivíduos e Estado, e sim tutelam bens de natureza indivisível, cujos interessados são indeterminados (grupo de pessoas cujos vínculos jurídicos ou fáticos não são muito precisos). Fazem parte dessa geração o direito ao progresso, à paz, ao meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos (JUNIOR, 2008).

Principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, com o extermínio de milhares de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo desenvolvimento tecnológico, desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional e tais acontecimentos fizeram surgir a necessidade de novos direitos transindividuais, os então direitos fundamentais de terceira dimensão (JUNIOR, 2008).

Devido ao fato do direito acompanhar fatos históricos, eles não são estáticos, ou seja, evoluem de acordo com as necessidades de determinada época. Por força

dessa transformação, Junior (2008, p. 51) afirma que se inserem nessa classificação de direitos os:

a) direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina); b) direitos das crianças; c) direitos dos idosos (terceira idade); d) direitos dos deficientes físicos e mentais; e) direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais); e f) novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem), estes sob novo perfil diante da modernidade tecnológica

Sobre a quarta dimensão, Junior (2008) comenta que esses direitos surgem recentemente com o avanço da biologia, da medicina, e o avanço nas pesquisas genéticas. Questões como o aborto, reprodução assistida (inseminação artificial), cirurgias intrauterinas, eutanásia, transplante de órgãos, engenharia genética (clonagem), entre outras, necessitam de regulação, pois se vinculam com aspectos materiais da vida humana. Esses direitos visam regular o uso e estudo dessas questões através da bioética.

Os direitos fundamentais de quinta dimensão são aqueles advindos das novas tecnologias da informação, como é o caso da *internet*. Devido ao grande desenvolvimento tecnológico dos meios de informação, principalmente da rede mundial de computadores, a *internet*, “torna-se essencial uma articulação de normatividade, que venha regular, proteger e controlar os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa” (JUNIOR, 2008, p. 52).

Segundo o autor, essa regulação visa proteger novos direitos que vão surgindo, ou ainda, proteger antigos direitos como o de intimidade. O autor ainda argumenta que condutas nocivas se locomovem e se propagam em grande escala por meio do suporte digital. Cita como exemplo a incitação de crimes, uso de drogas, racismo, abuso e exploração de menores, ameaça, calúnia, pirataria, além de afetações ao direito de privacidade, sem que haja uma forma eficaz de se localizar os responsáveis.

Nesse sentido, a Lei número 12.737, de 30 de novembro de 2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, famosa atriz brasileira, vítima de divulgação sem autorização de suas fotos íntimas na *internet* dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e acrescenta os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal Brasileiro. Segue:

Invasão de dispositivo informático. Art. 154-A. **Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:**

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1o Na mesma pena incorre quem **produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.**

§ 2o Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3o Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.”(grifo nosso).

Assevera Junior (2008) acerca da importância fundamental do reconhecimento da vigência dos direitos humanos e de sua inalienabilidade, tecendo críticas quanto à globalização, pois com ela a concorrência entre as empresas sai da esfera nacional se dando a nível internacional. Essa concorrência internacional diminui a força do Estado, uma vez que as relações comerciais não estão somente vinculadas a seu território. Com essa espécie de enfraquecimento estatal, há uma tendência à desregulamentação do mercado e, conseqüentemente, uma flexibilização das relações de trabalho.

Ainda de acordo com Junior (2008, p. 54):

apesar de todas essas mudanças, o Brasil continua sendo um Estado interventor, ocupado com a justiça social que não despreza o mercado, mas também não o enaltece com fervor, desenha-se um novo modelo em substituição ao neoliberal, o pós-social.

Ademais:

a preservação da vida humana no ápice de importância requer rápida adaptação paradigmático do conceito de soberania, somente com a efetiva vigência dos direitos humanos como máximo valor terreno, independentemente do lugar que seja albergue, vai-se alcançar a proteção da dignidade humana (JÚNIOR, 2008, p. 54).

Apesar de várias categorias de direitos, o presente trabalho tratará de uma forma mais aprofundada um direito oriundo do princípio da dignidade humana, qual seja o direito de personalidade, mais especificamente o direito à intimidade e à vida privada, uma vez que se pretende analisar o direito à privacidade e o poder diretivo do empregador na relação de trabalho.

2.3 Direitos da personalidade

Após analisar o contexto dos direitos fundamentais cabe trazer a lição de Júnior (2009, p. 23) para destacar que “os direitos de personalidade surgiram em razão da necessidade de proteger as pessoas contra o estado”. Conforme ele os direitos da personalidade estão entre os mais importantes direitos tutelados pelos direitos fundamentais, sendo também concretizações da dignidade da pessoa humana.

Observa o autor que grande parte dos direitos fundamentais fazem parte dos direitos de personalidade, porém nem todos, os direitos fundamentais são considerados direitos de personalidade.

Corroborar Ferreira (2013) afirmando que personalidade significa um conjunto de elementos que se mostram próprios ou inerentes à pessoa. A personalidade é o que torna um indivíduo diferente do outro.

O autor aponta ainda que há doutrinadores que destacam que os direitos de personalidade são pressupostos ou pré-condições para a aquisição de outros direitos. Conclui que a relevância se mostra pelo próprio objeto que visa proteger.

Devido à preocupação com o indivíduo e os seus valores fundamentais que mostrou a Constituição Federal Brasileira de 1988, o novo Código Civil de 2002 traz capítulo próprio sobre os Direitos de Personalidade, configurando a mudança de valores das legislações brasileiras, pois o Código Civil de 1916 possuía um perfil mais patrimonial (FERREIRA, 2013).

O autor destaca que, a partir dessa mudança de foco da legislação, o objeto de proteção passa a ser a esfera extrapatrimonial do indivíduo, a exemplo da vida, da integridade física, que são valores considerados indisponíveis e não passíveis de quantificação econômica.

Assevera Mário apud Ferreira (2013, p. 25) que os Direitos de Personalidade são direitos abrangentes que:

envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo, e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa [...].

Como dito anteriormente, os direitos de personalidade têm fundamento na dignidade da pessoa humana e trazem uma relação intrínseca com o “ser interior” da pessoa, seja pelos aspectos morais, como a honra, seja pelos aspectos externos como a imagem, de modo que se estabelece um núcleo intangível, contrário à intromissão estranha. Os direitos de personalidade são aqueles pertencentes à natureza do indivíduo em sociedade e têm como objeto as projeções físicas, psíquicas e morais.

Ressalta Ferreira (2013), que uma parte dos doutrinadores divide essa classe de direitos em dois grupos: os relativos às personalidades físicas, tais como: a vida, a imagem, o corpo, a voz e o cadáver; e os relativos às personalidades moral e espiritual: a intimidade, o direito à honra, a reputação e a liberdade.

No que tange às características do direito de personalidade, a doutrina estabelece: a generalidade, a inalienabilidade, a extrapatrimonialidade, a imprescritibilidade, o caráter absoluto e a intransmissibilidade (FERREIRA, 2013).

Generalidade significa que são direitos concedidos a todas as pessoas. São inatos, nascem com o indivíduo. A inalienabilidade significa que a propriedade

desses direitos não pode ser transferida para terceiros. A extrapatrimonialidade defende que não há como avaliar economicamente tais direitos, porém reconhece que havendo lesão é possível que esta gere reflexos econômicos. Já a imprescritibilidade define que os direitos não perdem a sua eficácia com o passar do tempo. Os direitos de personalidade são de caráter absoluto, pois são oponíveis contra todos, no latim *erga omnes*. Da mesma forma que a inalienabilidade, a intransmissibilidade, característica dos direitos de personalidade, define que estes direitos não são transmissíveis da pessoa do titular, diferentemente do que ocorre no direito sucessório.

Dessa forma, “os direitos de personalidade são aqueles que constituem um mínimo necessário ao seu conteúdo e funcionam como pressuposto para aquisição de outros direitos subjetivos” (FERREIRA, 2013, p. 28)

Explana Júnior (2009) que os direitos de personalidade sempre estiveram presentes nas constituições brasileiras, porém a Constituição da República Brasileira de 1988 inovou ao reconhecimento desses direitos e garantias de personalidade tratando-os de forma explícita e específica.

Observa-se que “já em seu artigo 1º, III, ao consagrar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, protegeu todos os direitos incidentes sobre a personalidade” (JÚNIOR, 2009, p.31).

Segundo o autor, direitos sobre a personalidade podem ser encontrados também no artigo 5º da Carta Magna, pois tal diploma legal representa reconquista dos direitos fundamentais.

Observa Júnior (2009) que a CF reconhece a personalidade como o valor máximo do ordenamento jurídico e que ela molda a autonomia privada, sendo capaz de sujeitar toda a atividade econômica a novos critérios de validade.

O autor explica ainda que devido à mudança de valores trazida pela Constituição Federal de 1988, na qual o valor da pessoa humana passa a ser base do ordenamento jurídico, o direito privado abandona a antiga concepção patrimonialista vigente anteriormente. Com isso, “a tutela do direito privado deixou

de ser apenas dos interesses patrimoniais para tornar-se guardiã direta do indivíduo (...) (JÚNIOR, 2009, p. 33)".

Devido às influências normativas constitucionais, o Código Civil de 2002 passa a tratar o ser humano como o centro nuclear do direito civil, disciplinando uma gama de direitos de personalidade, inclusive em capítulo próprio (Capítulo II, "Dos direitos da Personalidade"). Já em seu 1º artigo, o CC, estabelece a igualdade entre homem e mulher fazendo uso do vocábulo "pessoa", no lugar da palavra "homem", para disciplinar a capacidade de direitos e deveres na ordem civil.

Em seu artigo 11, o Código Civil dispõe que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. O artigo 12 resguarda os direitos de personalidade quando violados com a seguinte redação "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

Todavia, no parágrafo único do mesmo artigo, verifica-se que em se tratando de violação do direito à honra da pessoa falecida, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o 4º grau terão legitimidade para requerer a medida prevista nesse artigo. Os artigos 13, 14 e 15 vieram assegurar o direito à vida. Os artigos 16, 17, 18 e 19 trataram do direito ao nome, prenome e sobrenome e também da respectiva proteção.

Para Júnior (2009, p. 36), o artigo 20 concedeu ampla proteção:

ao segredo e imagem da pessoa, proibindo a divulgação de escritos, a transmissão de palavras ou a publicação, exposição ou utilização da imagem da pessoa, sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais, salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Todavia, disciplinou que a iniciativa da proteção caberá ao interessado ou, em se tratando de morto ou ausente, aos ascendentes ou descendentes conforme estabelecido no parágrafo único.

O artigo 21 disciplina que a vida privada da pessoa é inviolável e que compete ao juiz, a requerimento do interessado impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma. De acordo com autor as menções do Código Civil não são taxativas devido

ao fato da dinâmica das relações sociais ensejar novas formas de proteção ao indivíduo.

2.3.1 Direitos à intimidade e à vida privada

O Estado democrático de direito tem como um de seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana. Conforme Júnior (2009) se parte desse valor como princípio fundamental, assegurando ao indivíduo a não intervenção do Estado ou de qualquer terceiro em sua esfera privada.

Dentre os direitos da personalidade mais importantes na tutela da pessoa humana situam-se os direitos à intimidade e à vida privada que, hodiernamente, cada vez mais são colocados em pauta, tendo em vista o alarmante processo de evolução tecnológica que assombra a sociedade atual e, por vezes, acaba rompendo a fronteira dos aspectos individuais e públicos (JÚNIOR, 2009, p. 44).

A primeira noção mais concreta do direito à privacidade surgiu com uma violação a esse direito nos Estados Unidos no ano de 1990, com a divulgação na imprensa de informações particulares sobre o casamento da filha do advogado Samuel Warren. Irrresignado, Samuel publicou o artigo “*The right to privacy*” (O Direito à Privacidade). A intenção desse artigo era chamar a atenção da sociedade para a interferência da imprensa na vida das pessoas, apontando já naquela época a tecnologia como provedora de meios que possibilitavam a interferência indevida em assuntos privados (JÚNIOR, 2009).

Segundo Junior (2008), a partir daí, o direito desliga-se de sua concepção típica do liberalismo e deixa de ser considerado um bem de pleno domínio do indivíduo e passa a ser considerado direito de personalidade, separado da condição social ou patrimonial e cujo fundamento é a liberdade individual. Para o autor, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de maio de 1948, foi o primeiro documento internacional que elencou a privacidade como direito fundamental. Logo em seguida foi reconhecido o direito à vida privada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instituída pela ONU em dezembro de 1948, com o seguinte texto em seu artigo 12:

ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência nem a ataques a sua honra e reputação.

Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências e ataques (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2016).

Expressamente o Brasil incorporou o direito à privacidade e intimidade ao texto com a Constituição de 1988. Barros (2009, p. 34) afirma que “em português os termos privacidade e intimidade são sinônimos, constituindo elementos necessários à convivência entre os homens”.

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

De acordo com Júnior (2009) a Constituição Federal de 1988 pretendeu resguardar de forma ampla, tanto a intimidade, quanto a vida privada, abordando ambos conceitos de forma expressa. O autor chama a atenção que a intimidade se diferencia da privacidade por ser menos ampla, a “intimidade” envolve fatos mais particulares da pessoa e está inserida no gênero “vida privada”, a qual compreende todos os fatos que o indivíduo não deseja tornar público.

A intimidade trata das relações subjetivas, do íntimo da pessoa, já a “vida privada envolve um campo maior, englobando os demais relacionamentos humanos, inclusive as relações comerciais, de trabalho, de estudo, entre outras” (JÚNIOR, 2009, p. 51):

Para Ferreira (2013) o respeito pela intimidade é tão garantidor que protege o indivíduo à intromissão dos próprios entes familiares, mesmo que pertencentes ao mesmo núcleo familiar, em relação aos segredos do indivíduo.

Define Junior (2008) direito à privacidade como um modo de vida baseado em um conjunto de informações pessoais excluídas do conhecimento alheio, enquanto a intimidade é formada pelos segredos e particularidades cuja publicação causaria constrangimento.

A intimidade efetivamente caracteriza a natureza humana, manifesta-se de modo extremamente silencioso e constante, seja na sensação decorrente das necessidades físicas, seja, simplesmente no pensar. A forma silenciosa do exercício de pensar é a prova mais clara de que é uma característica congênita do homem, pois, se assim não o fosse, o pensar poderia ser sonoro. É, acima de tudo, manifestações da liberdade. Significa manter a salvo as informações, os pensamentos ou atos da vida pessoal que se queiram manter em sigilo (JUNIOR, 2008, p. 58).

Como se verifica, a intimidade está circunscrita no direito à privacidade, sendo a esfera mais restrita e sigilosa do ser humano. Nela, nem mesmo familiares podem ter acesso sem o consentimento, sem a exteriorização de seu conteúdo pela pessoa humana a quem a detenha.

2.4 Direitos fundamentais no ambiente de trabalho

Pontua Junior (2008) que a dignidade humana nas relações de trabalho ganhou amplitude motivada pela penúria da classe trabalhadora. Destaca ainda que no âmbito do direito econômico, fica claro pela dicção do artigo 170, caput da Constituição Federal Brasileira, que a vida digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. A dignidade humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada.

Reforça Ferreira (2013) que no contrato de trabalho as partes pactuam as condições de trabalho no contrato laboral. O empregador dita as regras a respeito da execução das tarefas e o empregado se submete ao controle do empregador. Nessa relação intersubjetiva existe um conteúdo mínimo que deve ser observado pelo empregador que é a dignidade da pessoa humana.

Mesmo com esse preceito fundamental, a prática da vida laboral demonstra o recorrente desrespeito por parte do empregador a esse valor estruturante. Como exemplo, o autor cita o abuso na utilização de câmeras de vídeo para fiscalização da execução do trabalho, na revista pessoal e na invasão de privacidade em mensagens enviadas por correio eletrônico, dentre outras.

A respeito do assunto, Ferreira (2013) destaca ainda que a intromissão na vida privada do empregado se dá cada vez mais, com o incremento da tecnologia.

O contrato de trabalho foge à regra geral dos demais pactos do direito privado entre os particulares, uma vez que no contrato laboral os contratantes não estão em situação de igualdade, portanto faz-se necessário uma proteção mais efetiva ao trabalhador, prova dessa desigualdade entre as partes é o uso do contrato como instrumento de intimidação por parte do empregador com o fantasma do

desemprego. Utilizando-se desta prática resta fragilizada a capacidade e o direito de resistência do empregado (RIBEIRO, 2008).

Todavia são os direitos fundamentais que serão utilizados como referência para balizar o exercício da atividade de vigilância sobre execução do trabalho e a vinculação da pessoa do empregado na relação de emprego. Sabido é que, ao celebrar um contrato de trabalho, o empregado abdica de sua autonomia e liberdade para exercer as suas atividades de forma subordinada e sob o controle patronal, limitando assim, seus direitos de personalidade, sem que com isso abra mão da proteção do ordenamento jurídico ou anule sua condição de cidadão.

Para Pereira apud Ribeiro (2008, p. 37) “o trabalhador, não obstante aceitar sujeitar-se às ordens em instruções de outrem não perde a sua qualidade de ser humano e, em consequência todos os direitos recorrentes dessa qualidade”. Ainda complementa que o trabalho não é uma mercadoria, estando ligado à condição humana de quem o presta. E se tal condição, quando abandonada, o trabalhador converte-se em escravo.

Explana Ribeiro (2008) que não só parte da força de trabalho do trabalhador é dispensada ao empregador como também a sua própria pessoa fica à disposição do empregador para efeitos de trabalho, uma vez que impossível, destacar, dessa pessoa, sua força de trabalho.

Esse envolvimento pessoal do trabalhador acaba por abarcar grande parte do seu dia e de sua vida afetando não só seus interesses profissionais como também seus interesses pessoais. O autor diz que devido ao contrato de trabalho ter por base o princípio da proteção do hipossuficiente (trabalhador), o empregador deve se obrigar a garantir a integridade física, moral e espiritual do trabalhador. O empregador deve respeitar a intimidade e os outros direitos de personalidade do trabalhador. Finaliza o autor que os direitos fundamentais devem servir para nortear o limite do empregador ao exercer o seu poder empregatício, tendo como base a dignidade da pessoa humana (FERREIRA, 2013).

Para Barros (2009) tanto o direito à intimidade quanto o direito à inviolabilidade da vida privada devem ser respeitados pelo empregador independentemente do titular desses direitos encontrar-se dentro do

estabelecimento empresarial, pois sua oponibilidade é *erga omnes* (oponíveis contra todos). Contudo, fundamentando o direito de propriedade no ambiente de trabalho, o direito à intimidade sofre limitações. Mesmo sofrendo tais limitações, o direito de propriedade não pode vir a ferir a dignidade da pessoa humana.

Segundo a autora, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) mesmo tendo o texto do seu artigo 373-A, VI, inserido após a Constituição Federal, deixa em um plano secundário a esfera privada do empregado na relação de emprego, tratando com prioridade a preocupação em tutelar a integridade física do empregado no local de trabalho.

Salienta Júnior (2009) que toda disciplina do direito constitucional se aplica ao âmbito da relação de emprego.

Define Junior (2008, p. 63) que:

o poder que se origina do direito de propriedade tem sido utilizado como argumento para legitimar a invasão da intimidade dos trabalhadores em flagrante subversão da hierarquia de valores e do grau de prestígio dado à dignidade humana pela ordem jurídica brasileira e pela própria consciência ético-jurídica mundial moderna [...]

A legitimidade ou ilegitimidade da invasão da intimidade do empregado será abordada no capítulo seguinte do presente trabalho, devido ao fato de haver limites ao poder empregatício.

3 PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

O empregador é o proprietário da atividade econômica a qual os empregados estão inseridos. Cabe a ele definir os fins a que se destinam tal atividade e o modo como seus empregados cederão suas forças para o atingimento dos objetivos empresariais. Mais que isso, há de se preocupar com os fins sociais do trabalho.

3.1 Conceito legal de empregador e empregado

Tanto empregador quanto empregado são conceituados a partir de suas atribuições na relação de trabalho. Saber o conceito de empregador e empregado é de suma importância para o Direito do Trabalho, pois é sobre eles que se desenvolve toda a estrutura normativa desse ramo do direito.

Conforme Vilhena (2005) a relação de emprego é formada pelo sujeito ativo, sujeito passivo e que há um objeto. Como sujeito ativo identifica-se a pessoa do empregador. No outro polo, o passivo, há o empregado. O contrato de trabalho é o objeto.

Para Júnior (2009) o conceito legal de empregador se dá pelo artigo 2º da CLT, que diz: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços”. O parágrafo único do referido artigo complementa o conceito equiparando 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.

Além da pessoa física ou jurídica, o ente que contrata, remunera e dirige a prestação pessoal de serviço do empregado, o empregador assume os riscos da atividade econômica. A conceituação de empregador se dá com a materialização dos pressupostos da relação de emprego, quais sejam a prestação de serviço de natureza não eventual, com pessoalidade, de forma onerosa e com subordinação jurídica. O tomador desse serviço é o empregador (JÚNIOR, 2009).

Define-se empregador como: “toda pessoa jurídica, pessoa natural ou ente despersonalizado que contrate empregado, mantendo relação jurídica com este, ou seja, todo ente que se utiliza de empregados para realização de seu objetivo social”. De forma simplificada, empregado é todo trabalhador que presta serviço ao empregador, figurando uma relação jurídica de emprego (GARCIA, 2013, p. 301).

Uma vez que se tem o conceito de empregador, necessário se faz o conceito de empregado. Tal conceituação pode ser extraída do artigo 3º, da CLT que diz: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Para Barros (2011), a conceituação de empregado pode ser, assim como traz a CLT, como a pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, porém diferentemente da CLT, mediante salário e subordinação jurídica. Nota-se que a autora prefere a expressão “subordinação jurídica” a “dependência deste”.

Posicionamento no mesmo sentido adota Nascimento (2011), quando afirma que o vocábulo “dependência” fora substituído, pela jurisprudência e pela doutrina pela subordinação, apesar da lei, no entanto, permanecer do mesmo jeito.

Os pressupostos do conceito de empregado, são definidos por Barros (2011), a saber: a) o pressuposto da pessoalidade, b) não eventualidade, c) salário e d) subordinação jurídica. No tocante à pessoalidade, se exige que a prestação do trabalho seja realizada pelo empregado contratado, de forma pessoal, não podendo este se fazer substituir por outro. Em relação a não eventualidade, esse pressuposto exige que o serviço prestado seja necessário à atividade normal do empregador. A autora esclarece que não eventualidade não significa exclusividade, pois exclusividade não é um pressuposto, visto que se pode ter mais de um emprego. O

salário é contraprestação paga pelo empregador ao empregado pelo serviço prestado. Em relação à subordinação jurídica, a autora comenta que “o trabalho subordinado é o objeto do contrato regulado pelo Direito do Trabalho” (BARROS, 2011, p. 209).

Além de enunciar os mesmos pressupostos supracitados, Nascimento (2003), cita mais um elemento conceitual de empregado: a necessidade de ser pessoa física. Para o autor a lei tutela a pessoa natural (aquele que trabalha, tutela sua vida, saúde, integridade física). Incompatíveis, portanto tais proteções às pessoas jurídicas.

Conceituados empregador e empregado, o presente trabalho passa ao estudo sobre de que forma se dá o poder do empregador e, conseqüentemente a subordinação pelo empregado.

3.2 Poder diretivo e subordinação

O poder diretivo é uma das faces do poder do empregador. Para que se possa entender seu significado, mister se faz refletir acerca das definições de poder empregatício. A natureza jurídica do poder empregatício não é pacífica, sendo que a doutrina majoritária reconhece duas correntes, a primeira como direito potestativo e a segunda como direito-função.

A conceituação de direito potestativo é realizada por Delgado apud Ferreira (2013, p. 68) em que “a prerrogativa assegurada juridicamente ao seu titular, no sentido de que possa obter efeitos jurídicos de seu interesse através do exercício exclusivo de sua própria vontade, de modo unilateral, próprio e automático”.

A respeito da corrente do poder empregatício como direito-função, o autor ensina que o foco não é a vontade individual do empregador, e sim, o interesse da comunidade dos seus empregados.

Filia-se a mesma tese Junior (2008), sendo que para ele a dinâmica da espécie de relação social contribuiu para que, na atualidade, prevaleça a teoria que considera o poder do empregador como direito-função, devido ao fato do

empregador ter de considerar o interesse de seus empregados e, acima de tudo, respeitar seus direitos advindos da condição de pessoa humana, objetivando não só o seu interesse particular, mas o interesse da coletividade. Tais prerrogativas surgem no dever de cumprimento ao princípio da função social da propriedade, e ao atendimento dos direitos humanos e sociais no âmbito da relação de emprego.

Em se tratando de fundamentos do poder do empregador, quatro são as correntes que tentam explicar esse fenômeno e seus efeitos. A teoria da propriedade privada, a teoria institucionalista, a teoria da delegação do poder público e a teoria contratualista.

Acerca da teoria da propriedade privada, Barros apud Ferreira (2013, p. 72) ensina que “os defensores dessa corrente sustentam que o poder é fundamentado na propriedade que detém o empregador, já que a empresa é o objeto de sua propriedade” e conclui que, “em outras palavras, o empregador dirige e comanda porque é o dono do empreendimento”.

Esclarece Ferreira (2013) que essa teoria é a mais antiga e já se encontra superada pela evolução social da propriedade. Tal tese traz consigo a unilateralidade deferida ao titular da empresa, não levando em consideração o interesse dos empregados e não cumprindo com a função social da propriedade.

Utilizando-se da expressão “teoria senhorial” ao invés de “teoria da propriedade privada”, Murari apud Ferreira (2013, p. 73) apresenta a seguinte explicação: “O entendimento da função social da propriedade é contrário ao despotismo de fábrica e à teoria senhorial do poder diretivo. O empregador comanda o trabalho como credor e não como senhor”.

A Teoria institucionalista é criticada por Ferreira (2013), pois defende que o poder do empregador tem a sua origem na natureza da empresa que é vista como um agrupamento social, o qual forma uma instituição. Essa instituição é concebida com hierarquia e centralização administrativa, respaldando as ações do empregador no sentido de adotar políticas de governo. O empregador detém o papel de mandatário maior desta instituição e o empregado, ao ingressar nela, molda-se de acordo com as políticas desta e o poder. Segundo o autor, esta corrente está enfraquecida.

Críticas à teoria institucionalista, também faz Barros (2011), sob o pretexto de que a natureza consensual do contrato de trabalho repele qualquer perfil institucionalista ou estatutário.

Em relação à teoria da delegação do poder público, Ferreira (2013) afirma que o poder público delega poderes às empresas. Trata-se de uma vertente da corrente institucionalista. Os empregados, da mesma forma que na corrente institucionalista amoldam-se ao poder existente na empresa, ao se vincularem a esta. Ao empregador, por ser o mandatário maior dentro da empresa cumpre adotar políticas de governo.

Acrescenta Ferreira (2013, p. 75) que “a liberdade retratada na autonomia da vontade como base para a existência do contrato de trabalho não se coaduna com a proposta publicista dessa corrente doutrinária”.

Afirma Barros (2011) que o fundamento do poder do empregador deriva do contrato de trabalho.

Filia-se Ferreira (2013) a essa posição doutrinária devido ao fato do contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador estar eivado na livre e espontânea vontade das partes de se submeter ao poder empregatício sob a condição de perceber uma contraprestação.

No Brasil predomina a teoria contratualista, por considerar a vontade como elemento fundamental à configuração do contrato. Complementa dizendo que o contrato de trabalho é do tipo “contrato de adesão” em que as normas reguladoras já se encontram presentes em tal contrato, cabendo apenas adesão ou não ao instrumento pelo empregador e empregado. Caso haja a adesão, as partes não poderão discutir os termos do contrato, apenas submeter-se-ão a eles (BARROS, 2011).

Para reforçar tal tese a autora utiliza o artigo 423 do Código Civil para explicar a interpretação mais favorável ao empregado aplicada ao Direito do Trabalho, uma vez que o artigo evidencia que havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar interpretação mais favorável ao aderente, que é o empregado.

Afirma também Martins (2003), predominar no Brasil a teoria contratualista, pois para ele, empregado e empregador celebram o contrato de trabalho havendo acordo de vontades. Explica ainda que contrato de trabalho é gênero e contrato de emprego é uma espécie desse gênero. Contrato de trabalho engloba a prestação de serviços do funcionário público, do autônomo, do avulso, do empresário, do eventual.

Devido ao fato do empregador assumir o risco do negócio, é ele o titular detentor do poder diretivo. Tal prerrogativa lhe confere o direito de direção, regulamentação, fiscalização e aplicação de sanções pelo não cumprimento de tarefas.

Para Ferreira (2013), dirigir, regulamentar, fiscalizar e aplicar sanções são poderes que formam e denominam o poder diretivo do empregador. Esses poderes vão se complementando à medida que o empregador vai conduzindo, (de acordo com as regras do regulamento), fiscalizando e punindo os que praticam atos faltosos.

O poder diretivo compreende três dimensões, a saber: a) o poder de organização; b) o poder de controle e; c) o poder disciplinar. A respeito do poder de organização aduz ser a escolha do empregador dos meios de produção ou da prestação de serviços no exercício da atividade. No tocante ao poder de controle, assevera ser a possibilidade de fiscalização quanto ao cumprimento das ordens do empregador para o empregado. Quanto ao poder disciplinar, é a faculdade do empregador aplicar sanções disciplinares aos empregados no cometimento de atos faltosos referentes ao trabalho (NASCIMENTO, 2011).

Analisada a natureza jurídica e a fundamentação do poder do empregador, necessário se faz entender como se dá a sujeição do empregado ao empregador. Tal sujeição se dá pela subordinação. A subordinação decorre do contrato de trabalho, em que empregado e empregador são sujeitos e ambos consentem com a submissão advinda da hierarquia, que é típica de tal contrato.

Essa submissão se dá sobre a atividade desempenhada do empregado e não sobre sua pessoa. Esse é o entendimento majoritário para os doutrinadores.

Este é também o posicionamento de Vilhena (2005, p.521) em que “a subordinação, elementarmente, parte da atividade e se concentra na atividade”.

Para Nascimento (2003, p.171) o conceito de subordinação pode ser entendido “como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transmitir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”.

Explana Nascimento (2011, p. 694) que

na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa mas sobre o modo como a sua atividade é exercida.

Dentre os elementos essenciais da relação de emprego, a subordinação é o pressuposto que melhor define a condição de empregado. A subordinação é o principal elemento diferenciador entre relação de emprego e trabalho autônomo (DELGADO, 2008).

A subordinação é uma situação na qual o trabalhador está inserido, que decorre da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará em seu trabalho (NASCIMENTO, 2003).

O autor afirma também ser a subordinação que distingue empregado de trabalhador autônomo, e complementa que não havendo subordinação na relação de trabalho, este será autônomo. Aponta ainda que a CLT se aplica aos empregados, não se aplicando aos trabalhadores autônomos.

Para Vilhena (2005), da mesma forma, a linha divisória do que se aplica ou não ao Direito do Trabalho é a configuração da subordinação ao Contrato de Trabalho.

Define Barros (2011) critérios para a subordinação na relação de emprego, quais sejam: o técnico; o econômico; o social; e o jurídico.

A subordinação com base no critério técnico tem como premissa a fato do empregador estar em posição de comandar tecnicamente os trabalhos dos

empregados, ou seja, o empregador possui maior conhecimento técnico que seu empregado, respaldando então as ordens emanadas pelo empregador quanto às determinações a serem cumpridas pelo empregado. Todavia essa premissa não merece prosperar, pois em muitos casos o empregado é quem possui um conhecimento técnico superior ao do empregador, e esse conhecimento, essa experiência pode ser justamente o que motivou o empregador a admitir o empregado para que ele executasse tarefas as quais o empregador não conseguiria.

O critério econômico da subordinação também é falho. Por ele, o empregado é economicamente menos favorecido que o empregador. O empregado depende do salário pago pelo empregador para sobreviver. Essa hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, nem sempre se confirma. Existem empregados em situação financeira muito boa, os quais não dependem do salário pago pelo empregador.

A subordinação pelo critério social seria o resultado da soma do critério técnico com o critério econômico. Por ele, além do empregado possuir inferior conhecimento técnico, também é economicamente hipossuficiente em relação ao empregador. Da mesma forma como as anteriores, tal tese não deve prosperar.

Por fim a autora defende que o critério mais aceito pela doutrina é o critério jurídico da subordinação.

Da mesma forma, Martins (2003), entende ser o critério da subordinação jurídica o mais aceito devido ao fato dela decorrer do contrato de trabalho. Sendo assim o critério jurídico da subordinação advém da situação contratual e legal que emana o contrato de trabalho.

A subordinação pode ser tratada como subjetiva ou objetiva. Na subordinação subjetiva, há a presença de três aspectos: pessoal, técnico e econômico (BARROS, 2011).

Quando o empregado está subordinado ao horário de trabalho e acata ordens, ele está condicionado de forma pessoal ao empregador. O critério técnico é aquele em que o empregado se condiciona às regras de execução, definidas pelo

empregador. Já o critério econômico pode ser entendido como a dependência econômica, em sua maior parte, do salário pago pelo empregador ao empregado.

Na objetiva, a subordinação deve girar em torno da atividade e desenvolver-se na integração da atividade do empregado na organização da empresa. O trabalhador se vincula a um contrato estabelecido, em que aceita a definição da forma como deve prestar seus serviços ao empregador.

Conforme Delgado (2011, p. 294) além da subordinação objetiva e subjetiva, já apresentadas anteriormente, há também a subordinação estrutural. Este tipo de subordinação se caracteriza “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente sua dinâmica de organização e funcionamento”.

Verificada a existência das três espécies de subordinação há de se observar que essa subordinação deve ser limitada.

3.3 Limitação ao poder empregatício

Apesar de o empregador possuir poderes na direção das atividades a serem desempenhadas pelo empregado, tal poder não é absoluto. Existem limites ao poder empregatício. Tais fronteiras não são delimitadas expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, contudo, o empregador deve fazer uso de regras e princípios para a aplicação do poder empregatício.

O poder empregatício será limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelos direitos de personalidade do empregado, uma vez que tais direitos não se dissociam da pessoa humana (JÚNIOR, 2009).

Complementa Ferreira (2013) que outro exemplo de limitação do poder empregatício é o princípio da proteção do trabalhador, uma vez que ele é o alicerce para o sistema legal trabalhista.

Bitencourt (2014) afirma que os limites ao poder empregatício podem ser encontrados também na Constituição, nas leis, nos contratos de trabalho e em normas coletivas.

Ainda acrescenta Júnior (2009) limites internos ao poder empregatício, quais sejam a boa fé e a função social da propriedade. Já Ferreira (2013) assevera que a evolução legislativa e a normatização advinda da negociação coletiva, vêm diminuindo com o unilateralismo e a discricionariedade do exercício do poder empregatício, com isso havendo uma proteção maior aos direitos dos trabalhadores.

O referido autor salienta que a respeito do tema se deve observar a existência do *jus variandi* e do *jus resistentiae*. O *jus variandi* é o direito que possibilita o empregador a alterar as condições de trabalho de acordo com suas necessidades. Já o *jus resistentiae* é o direito de resistência que o empregado possui frente o poder empregatício e às alterações unilaterais, quando realizadas além dos limites da lei.

Pode se verificar que, de um lado há o empregador que, na condução de sua empresa pretende aplicar seu poder empregatício de forma ampla e, na contramão, mas, inserido no mesmo contexto, há o empregado, o qual deve obediência às ordens do empregador, podendo, porém resistir às ordens, caso sejam ilegais.

Pontua Ferreira (2013) critérios balizadores para o enfrentamento dessa colisão de direitos. O primeiro critério é o da desigualdade fático-material entre empregador e empregado, sendo que, quanto maior essa desigualdade, maior será a proteção ao direito fundamental no que tange à parte hipossuficiente da relação empregatícia. Por outro lado, utilizando tal critério como ponderação, caso o empregado tenha maior qualificação, ou seja, havendo menos desigualdade entre as partes, o autor sustenta que deva ser mais valorizada a autonomia da vontade privada.

O outro critério utilizado pelo autor é o da essencialidade. De acordo com tal critério, quanto mais essencial o bem jurídico a ser tutelado, maior deverá ser sua proteção e menor importância terá o princípio da autonomia da vontade privada. Trata-se de um critério um tanto quanto subjetivo, devido à dificuldade de definição sobre qual seria o bem jurídico mais essencial na ponderação. Porém utilizando-se como exemplo, a integridade física do trabalhador em colisão com seu próprio direito de liberdade, prefere-se àquele por se entender mais essencial.

Aponta ainda Ferreira (2013), que no artigo 5º da Constituição Federal também há limites ao poder empregatício e, já em seu *caput*, traz o princípio da

igualdade, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não podendo o empregador estabelecer critério de discriminação injustificado quanto ao uso do seu poder empregatício.

Além do princípio da igualdade há outros princípios elencados no mesmo artigo 5º os quais limitam tal poder, como o direito à vida, o qual em uma interpretação extensiva abrange o direito à integridade física, vedando também a tortura mental e física e o tratamento degradante e desumano (FERREIRA, 2013).

Em relação ao direito de liberdade encontrado no artigo 5º, e em vários outros dispositivos legais da CF, é certo que na relação de trabalho há uma limitação da liberdade do empregado. Mas, tal limite decorre do acordo de vontades firmado por empregador e empregado no contrato de trabalho. Significa que, devido ao fato de empregador e empregado firmarem o contrato laboral, o empregado coloca seu trabalho à disposição do empregador, em local e horário definido (FERREIRA, 2013).

No que tange ao direito fundamental à privacidade e intimidade do empregado em colisão com o direito fundamental de propriedade do empregador, a problemática da questão será tratada nos próximos capítulos do presente estudo.

Quanto ao regulamento, Martins (2003) explica que a estruturação deste pela empresa, deve ter como limites primeiramente a Constituição Federal e a lei. O artigo 444 da CLT demonstra que no contrato podem ser determinadas quaisquer condições de trabalho, desde que não contrariem as normas legais de proteção ao trabalho. O regulamento também não pode ir contra as normas coletivas da categoria, bem como às decisões das autoridades competentes.

Porém, ainda de acordo com o autor, há uma única exceção a essa regra. Esta se dá quando o regulamento estabelecer condições mais favoráveis ao empregado. No entanto, quando as normas coletivas estabelecerem condições mais favoráveis de trabalho, estas irão modificar as orientações contidas no regulamento da empresa. Assim, o regulamento, obrigará até o ponto em que não haja conflito com a norma coletiva ou a lei.

Não se pode estabelecer regras no regulamento que contrariem a moral, os bons costumes e a ordem pública, também não é permitido que essas afrontem a dignidade do trabalhador como pessoa humana (MARTINS, 2003).

Outro ponto a asseverar sobre o regulamento, em relação à punição do empregado, é que este prevê a limitação de punições, que não podem ir além de advertência verbal e escrita, suspensão e dispensa. Em se tratando da suspensão, deve-se levar em consideração o artigo 474 da CLT que delimita o prazo para essa punição, que não poderá ser superior a 30 dias, sob pena de considerar rescindido injustamente o contrato de trabalho. Tratando-se de atleta profissional de futebol, deve-se citar também o artigo 15 da Lei nº 6.354/76 que prevê como punição a aplicação de multa. O regulamento deverá guiar-se por essas punições previstas, sendo vedada a aplicação de outras sanções.

Para Vilhena (2005, p. 522), no que se refere à hierarquia, a limitação do exercício do poder de direção “é a adequação da atividade do prestador à regular atividade da empresa, em sua dinâmica de produção de bens e/ou serviços”.

O poder de organização não é absoluto, ou seja, deve ser limitado. Tal necessidade se dá com a finalidade de proteger o empregado. Os instrumentos de limitação são as leis, as convenções coletivas e as sentenças normativas. Além de limitar, estes instrumentos também são utilizados objetivando que o trabalhador tenha influência nas decisões através de seus órgãos de representação, o que permite que o trabalho não só alcance o seus fins econômicos, mas também cumpra a sua função social (NASCIMENTO, 2003).

Referindo-se ao dever de obediência do empregado em relação ao empregador, advindo do contrato de trabalho, Barros (2011) afirma que este dever refere-se apenas às ordens lícitas, provenientes de quem está legitimado a fazê-lo. Estas ordens não devem, além disso, contrariar a saúde, a vida ou a dignidade do trabalhador. Em casos de descumprimento dessas premissas, a recusa por parte do trabalhador em cumprir qualquer ordem, é legítima.

Ainda, tratando-se de dever de obediência, o autor destaca que este poder limita-se ao âmbito do poder diretivo, assim, aspectos alheios ao contrato de trabalho e sem qualquer reflexo sobre ele, como costumes, amizades, religião,

posição política, entre outros, não devem sofrer interferência alguma por parte do empregador.

Destaca Junior (2008) que, no desenvolvimento da atividade econômica, é lícito ao empregador fiscalizar as tarefas desempenhadas pelo empregado, porém o empregador, para isto, deverá utilizar-se de métodos que preservem a intimidade do empregado. Assim, por exemplo, é possível que o empregador verifique se os equipamentos estão sendo utilizados de forma correta pelo empregado para realização das tarefas ou que verifique se não há subtração de materiais.

Com uma abordagem mais ampla e o propósito de abordar maior parte dos critérios que identificam os limites do poder diretivo, Magano apud Júnior (2009, p. 83), define diversos tipos de limites, ao que segue:

- limites extensivos e intensivos, que dizem respeito, respectivamente, à amplitude da qualificação profissional do empregado, que não pode ser ultrapassada, e à natureza da qualificação (é menos recuado nas funções técnicas);
- limites externos e internos (estes apresentam relação com o exercício do poder diretivo a que deve tender o interesse da empresa e aqueles são estabelecidos pela lei, pela norma coletiva e pelo próprio contrato de trabalho);
- autolimitações e heterolimitações, em que, nas primeiras, o próprio empregador limita o poder de direção quando estabelece normas, como o regulamento interno, indicando o modo de prestação do trabalho, e, nas últimas, as imposições provêm dos limites externos já citados;
- limites provenientes dos princípios da especialização, da subordinação e do respeito aos direitos individuais;
- limites com base na finalidade do poder de dirigir, ou seja, poder orientado à realização de determinados valores correspondentes a uma boa organização do trabalho;
- limitação na proibição de discriminar o empregado; limitação na competência em razão da matéria (o exercício do poder diretivo deve se limitar às questões relacionadas ao trabalho);
- limitação na competência funcional (deverá ser exercido pelo empregador ou prepostos); na competência em razão do lugar e do tempo (salvo algumas exceções, como os vendedores viajantes, o poder diretivo deve ser exercido, em regra, dentro do âmbito empresarial e na jornada de trabalho) e, por fim, no interesse da empresa, que não se restringe ao interesse do empresário.

O trabalho é um direito fundamental social do trabalhador elencado no artigo 6º da Constituição Federal. O empregado, no exercício desse direito, deve sentir-se

realizado. O empregador, por sua vez, estando no exercício de seu poder diretivo, deve obediência aos direitos fundamentais do trabalhador, sob pena de incorrer em abuso de direito. Em suma, os empregados devem obediência aos empregadores, observando os limites legais, enquanto os empregadores devem obediência aos direitos fundamentais do trabalhador.

3.4 Abuso de direito no exercício do poder empregatício

Para contextualizar o abuso na relação de trabalho primeiramente há de se conceituar o abuso de direito.

A definição do abuso de direito se encontra no artigo 187 do Código Civil de 2002. O referido artigo traz que o abuso de direito se configura quando “o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (FERREIRA, 2013, p. 84).

O referido autor defende que esse artigo não faz menção a necessidade de existência do dano para que se caracterize abuso de direito. Isto posto, se tem que a diferença do abuso de direito do artigo 187 para o ato ilícito do artigo 186 do mesmo diploma legal, encontra-se na presença ou não do dano, pois para a configuração do ato ilícito se faz necessário a existência do dano.

Para a configuração do abuso de direito não se faz necessária a presença do dano, mas este acaba sendo uma de suas consequências (FERREIRA, 2013).

Em relação ao ato ilícito há limites para o exercício dos direitos definidos de forma expressa e clara. Já em relação ao abuso de direito não há limites definidos. Estes limites serão dados pelos princípios que regem o ordenamento. No ato ilícito, o fato realizado contraria a norma, já no abuso de direito não há violação no conteúdo da norma e sim, a ilicitude no excesso em seu exercício, trata-se do exercício anormal do direito. No ato ilícito o sujeito viola expressamente a lei, enquanto no abuso de direito, a pretexto de exercitar o seu direito, o agente utiliza-o com excesso.

Destaca ainda, Ferreira (2013), que existem duas correntes para caracterizar o abuso de direito: a corrente subjetivista e a corrente objetivista. A corrente subjetivista defende que, para haver abuso de direito, deve haver a intenção do agente de prejudicar outrem. Já a corrente objetivista diz que havendo o exercício do direito de forma contrária aos fins sociais, econômicos e aos bons costumes, está caracterizado o abuso de direito.

No Brasil, o legislador adotou a corrente objetivista de acordo com o artigo 187 do Código Civil de 2002, do qual pode ser extraído três requisitos para caracterização do abuso de direito: a) a prática de um ato permitido pelo direito positivo, pois seria um ato ilícito se o agente praticasse ato contrário ao exposto em lei; b) ato comissivo ou omissivo, pode ser tanto pelo cometimento do ato quanto pela omissão de praticá-lo quando necessário; e c) transposição aos limites normais do exercício regular de um direito, ou seja, fazer mau uso do direito.

Esclarece Júnior (2009) que em nosso país não há legislação trabalhista específica que trate de abuso de direito no ambiente de trabalho. Já o Código do Trabalho de Portugal faz menção de forma expressa que no cometimento de ordens contrárias aos direitos e garantias do trabalhador, pelo empregador, há a permissão ao empregado de deixar de observar o dever de obediência, havendo penalidade disciplinar motivada pela justa recusa do empregado a mesma será considerada abusiva, de acordo com o artigo 374, número 1, alínea b, combinado com o artigo 121, número 1, alínea d, do mesmo Diploma Legal.

No ordenamento jurídico brasileiro, podem ser encontrados nos dispositivos XXXIV, LXVIII, LXIX do artigo 5º, os quais elencam instrumentos de que o cidadão se vale contra o abuso de poder. Também o artigo 14, § 9º, traz hipótese de inelegibilidade diante do abuso de exercício de função, cargo ou emprego público. Os artigos 18 e 600 do Código de Processo Civil tratam do abuso de direito de defesa como uma hipótese em que o Juiz poderá antecipar os efeitos da tutela pretendidos na inicial (FERREIRA, 2013).

O Código de Defesa do Consumidor faz várias menções objetivando a proteção do consumidor contra práticas abusivas por parte dos fornecedores, é o que se pode verificar no artigo 6º do referido diploma, garantindo ao consumidor

proteção contra publicidade enganosa e abusiva, e cláusulas abusivas no fornecimento de produtos e serviços.

Em seu artigo 51 estão expressas também várias cláusulas contratuais no que tange ao fornecimento de produtos e serviços consideradas como abusivas. Sanção pelo abuso de direito de propaganda pode ser encontrada no artigo 60 também do Código de Defesa do Consumidor. Tais referências servem para demonstrar que apesar da legislação trabalhista brasileira não versar expressamente sobre o abuso de direito, o tema é tratado no artigo 187 do Código Civil e também em outros dispositivos legais (FERREIRA, 2013).

Uma vez demonstrado onde se encontra de forma expressa o abuso de direito no ordenamento jurídico, necessário se faz apresentar quais são os critérios para a definição do ato abusivo. Esses critérios quando não observados caracterizam o abuso de direito.

Explana Ferreira (2013) sobre esses critérios, que são: a) desproporcionalidade; b) violação da boa-fé; c) a função social; d) função econômica; e) bons costumes; e f) equidade.

O critério da desproporcionalidade se vincula ao princípio da justiça contratual ou princípio da comutatividade, este objetiva a equivalência das prestações contratadas. Pela boa-fé espera-se uma conduta ética na qual não haja a intenção de prejudicar a outra parte do contrato. Segundo o critério da função social, a coletividade deve sobressair aos interesses particulares. Da mesma forma que a função social, o contrato de trabalho deve atender a função econômica, satisfazendo as necessidades de forma equilibrada das partes.

O abuso ocorre caso haja desequilíbrio que onere excessivamente uma das partes. Sobre o critério dos bons costumes, este trata do conjunto de comportamentos morais aceitos por determinada comunidade, são ideias e convicções que devem ser respeitados. A equidade é o método de interpretação da cláusula contratual em que o julgador verificará o equilíbrio contratual.

Regulamentar, conduzir, fiscalizar e punir são atos que o empregador utiliza valendo-se do poder empregatício respaldados pela lei. O abuso de direito se dá

quando ele excede os limites dessas prerrogativas. O abuso, portanto, é um direito irregularmente exercido e se verifica pelo não atendimento da finalidade social do direito.

4 QUESTÕES ESPECÍFICAS DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO

O ambiente de trabalho deve ser um local agradável, em que pese existira o controle empregatício, este deve ocorrer de modo a não impedir a consecução das tarefas a serem desempenhadas pelos empregados, atingindo assim os objetivos da atividade econômica.

O que se pode verificar, na prática, é que em alguns casos há violação à intimidade do empregado pelo empregador. O presente estudo busca identificar alguns abusos e desenvolvê-los no intuito de se tentar alternativas menos danosas ao empregado. Assim, aborda-se a seguir questões específicas de violação à intimidade no ambiente de trabalho.

4.1 Revista pessoal e íntima

A revista pessoal é aquela realizada pelo empregador, normalmente por intermédio de seus prepostos, em seus empregados subordinados e também aquelas praticadas em seus pertences e lugares particulares (FERREIRA, 2013).

O autor esclarece que, quanto à natureza da revista pessoal, alguns doutrinadores a classificam em revistas íntimas e revistas em bens de propriedade ou objetos de uso pessoal do empregado.

Quanto à finalidade a classificação se dá em investigativas e preventivas. Investigativas são as revistas pessoais que se dão após o cometimento de um furto na empresa, com o objetivo de investigar, procurar provas. Preventivas são aquelas

revistas justificadas pela possibilidade de haver furto na empresa, mesmo sem a concretização de tal delito.

Vislumbra Barros (2011) serem lícitas as revistas no ambiente de trabalho, sustentando que o artigo 373-A, VI da CLT permite expressamente a revista, salvo se íntima. O artigo citado define que:

Art. 373-A. 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: [...]

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Todavia, Ferreira (2013) se posiciona de forma contrária a respeito do artigo supracitado. Para ele, o inciso VI do referido artigo reputa ilegal a revista pessoal, pois não estabelece qualquer ressalva à essa prática, que a tornaria legal.

O autor afirma que na revista íntima o empregado é, muitas vezes, obrigado a se despir perante seu chefe ou preposto, se submetendo à vistoria por parte de seus superiores. Pode ocorrer também nessa prática que o empregado tenha partes do seu corpo apalpadadas pelo responsável de efetuar a inspeção.

Já na revista a pertences e lugares reservados aos trabalhadores é comum que os empregados sejam obrigados a abrir suas bolsas, malas, armários, entre outros espaços, espalhando seus objetos e expondo-os inspeção visual do empregador ou de seu preposto.

No tocante às revistas em objetos e pertences do trabalhador, Junior (2008) observa que o empregado normalmente passa oito horas diárias na empresa onde trabalha. Isso representa um terço de seu dia, razão pela qual tem a necessidade de guardar objetos de uso pessoal. Permitir a revista a esses espaços reservados aos empregados seria o mesmo que, por analogia, entender possível que o locador de um imóvel possa entrar a hora que bem entender no imóvel locado.

O autor complementa que as revistas só se justificariam havendo fortes indícios de prática ilícita e em estado de flagrância. Para o autor só a polícia tem a função de investigar quando do acontecimento de um furto ou simplesmente para sua prevenção na empresa. Observa ainda que mesmo havendo o consentimento

dos empregados quanto à prática das revistas, há vício nesse consentimento, pois emana do estado de subordinação.

A revista se justifica quando considerada como o último recurso para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas (BARROS, 2011).

Conforme Ferreira (2013) a maioria das Turmas do TST, (Tribunal Superior Do Trabalho) e alguns Tribunais Regionais, assim como a doutrina estrangeira e brasileira, dividem as revistas em íntimas e pessoais, vedando a prática das íntimas e permitindo a realização das revistas pessoais.

É o que se pode verificar com a seguinte decisão:

DANO MORAL. REVISTA PESSOAL. A revista pessoal, quando é necessária e inevitável diante das circunstâncias específicas, **em procedimento rotineiro de segurança, em empregados aleatoriamente escolhidos**, sem discriminações, de forma reservada, **sem excessos e realizada por pessoa do mesmo sexo, em regra, não configura dano moral. Entretanto, a revista íntima que extrapola os padrões aceitáveis de razoabilidade**, causando constrangimentos desnecessários à trabalhadora, **deve ser indenizada**. (TRT-2 - RO: 00023505420115020014 SP 00023505420115020014 A28, Relator: MANOEL ARIANO, Data de Julgamento: 02/07/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 17/07/2015) (grifo nosso).

Outro julgado que demonstra o mesmo posicionamento segue a seguir:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA PESSOAL. O quadro fático delineado pelo Tribunal Regional demonstra a existência de revista pessoal nos empregados, sem o contato físico, bem como que tal prática se dava de forma generalizada. **Ressalvo meu posicionamento de que a revista - íntima ou não -, viola a dignidade da pessoa humana e a intimidade do trabalhador. Contudo, acompanho o entendimento da SBDI-1 desta Corte no sentido de que a revista pessoal (sem contato físico) não afronta a intimidade, a dignidade e a honra. Indevida, portanto, a indenização por dano moral.** Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 6908420115090093, Relator: CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO, Data de Julgamento: 04/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: 06/06/2014 (grifo nosso).

As revistas realizadas nos pertences dos empregados também são aceitas pela maior parte da doutrina e jurisprudência, desde que de forma discreta e impessoal, não extrapolando os limites impostos aos poderes diretivos e fiscalizatórios patronais. Tal afirmação pode ser extraída da decisão a seguir:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA DE BOLSAS E MOCHILAS. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. AUSÊNCIA DE

OFENSA AOS DIREITOS DECORRENTES DA PERSONALIDADE. **A visualização do conteúdo de bolsas e mochilas não extrapola o poder de controle do empregador, desde que procedida de forma discreta e impessoal, ou seja, sem qualquer discriminação ou acusação pessoal e sem contato físico com aquele que procedia à revista. A conduta se insere no exercício regular do poder diretivo de fiscalização empresarial,** uma vez que não foram comprovados quaisquer prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, não configurando ofensa aos direitos decorrentes da personalidade, tampouco afronta ao princípio da isonomia. (TRT-4 - RO: 00014385820105040201 RS 0001438-58.2010.5.04.0201, Relator: LUCIA EHRENBRINK, Data de Julgamento: 08/11/2012, 1ª Vara do Trabalho de Canoas) (grifo nosso).

A seguir tem-se mais um exemplo referente ao posicionamento favorável acerca da revista pessoal:

RECURSO ORDINÁRIO. REVISTA VISUAL EM BOLSA DE EMPREGADO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. **A revista visual exercida em bolsas e pertences realizadas, pelo empregador, em lugar apropriado, de forma moderada e indistintamente a todos os empregados do respectivo setor não constitui caráter abusivo nem vexatório a ensejar o dano moral postulado, por inocorrência de agressão à dignidade humana do trabalhador.** Recurso improvido. (TRT-19 - RECORD: 184200800319009 AL 00184.2008.003.19.00-9, Relator: Pedro Inácio, Data de Publicação: 22/04/2009).

Contrariamente à jurisprudência supracitada, Ferreira (2013) discorda desses posicionamentos, considerando tanto a revista íntima, quanto a revista pessoal ilegal e ilegítima, uma vez que a última também pode gerar violação à intimidade. Para ele, as revistas não se justificam, pois existem outras formas de fiscalização menos constrangedoras. É o caso da vigilância eletrônica no estabelecimento através de câmeras. Outro exemplo se dá com a colocação de etiquetas magnéticas nas mercadorias vendidas pelas empresas.

A fidúcia é uma das características da relação empregatícia e, não havendo tal circunstância, a culpa de eventual prejuízo será do empregador, sob as figuras *in elegendo* (em escolher) e *in vigilando* (em fiscalizar). Seu posicionamento a respeito do tema também é de que, com o avanço tecnológico, há uma gama de métodos capazes de fiscalizar, sem a necessidade das revistas aos trabalhadores (JUNIOR, 2008).

Havendo conflito entre o direito à intimidade, à honra e à intangibilidade da dignidade do trabalhador e o direito de propriedade do empregador, deverão prevalecer os direitos de personalidade dos empregados, por serem valores de

maior relevância embasados na consagração da pessoa humana (FERREIRA, 2013).

O autor conclui que, ao contrariar o artigo 373-A, VI da CLT, que veda a revista íntima e cria uma nova modalidade de revista pessoal que vem sendo permitida pela maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, criou-se um desserviço à tutela da dignidade e intimidade do trabalhador.

4.2 Monitoramento audiovisual

Conhecida como vigilância ou câmeras de filmagens, a monitoração audiovisual tem a sua natureza voltada para a segurança de pessoas e coisas. Mas essa monitoração quando instalada no ambiente de trabalho, viola a intimidade e a esfera privada do trabalhador?

A problemática se revela diante do conflito em que, de um lado se encontra a utilização da monitoração audiovisual para fins de proteção de pessoas e de propriedade, e do outro a tutela aos direitos à intimidade e à vida privada do empregado. Algumas considerações acerca do tema serão apresentadas no presente estudo.

A monitoração audiovisual é muito utilizada nas empresas, e que, devido ao aumento dos recursos oferecidos por sua evolução tecnológica, tende a ser crescente sua utilização (MOREIRA, 2010).

A autora cita que seu emprego traz benefícios para o empregador, pois uma vez destinados recursos financeiros para a obtenção e instalação de tais mecanismos, haverá apenas gastos de manutenção, os quais são significativamente menores do que as despesas oriundas do vínculo empregatício de um ou mais trabalhadores necessários para o desempenho de tal função. O emprego da vigilância eletrônica permite também que o operador monitore as imagens e sons à distância, podendo operar o sistema de qualquer lugar, inclusive de outro país, se assim o desejar.

Tal monitoração supera em muito aquela vigilância humana exercida noutro, pois abrange uma observação espacial expressivamente maior, possibilita uma vigia constante e ininterrupta e também há a possibilidade das imagens serem recuperadas e reutilizadas a qualquer momento, devido ao fato de ficarem gravadas na memória de computadores. Esses benefícios gerados ao empregador pela monitoração fazem crescer o desequilíbrio entre as partes na relação de emprego, aumentando seu poder de controle, uma vez que essa vigia é contínua e capta, de forma intromissiva, informações pessoais dos empregados.

Outro problema acarretado pelas câmeras de áudio e videomonitoramento verifica-se em relação aos arquivos armazenados em computadores, pois não se sabe ao certo quem fará uso dos áudios e imagens gravados, nem de que forma tais arquivos serão protegidos contra possíveis futuros “vazamentos” de imagens e informações (MOREIRA, 2010).

Observa Ribeiro (2008) que a CLT brasileira é omissa no que tange à monitoração audiovisual no âmbito da relação de trabalho. Afirma ainda que, quando houver a utilização de áudio e videovigilância no ambiente laboral, os empregados devem ser cientificados pelo empregador a respeito dessa prática.

No comparativo entre a lei brasileira e o Código do Trabalho de Portugal, este determina algumas condições para o uso dos meios de vigilância no local de trabalho. Primeiramente o empregador deverá informar os trabalhadores sobre a existência e a finalidade dos meios de vigilância utilizados, sendo vedado seu uso com o objetivo de controlar o desempenho profissional do trabalhador (RIBEIRO, 2008).

Outra condição para a licitude da monitoração audiovisual, conforme o Código do Trabalho português é a necessidade de autorização legal por meio do consentimento dos empregados. Tal autorização só será concedida se sua utilização for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

Prossegue Ribeiro (2008) com sua explanação valendo-se do direito comparado. Segundo a autora, na Alemanha, país conhecido por ter bem arraigada a questão da proteção à intimidade dos trabalhadores, a monitoração audiovisual no

ambiente de trabalho em regra é vedada, sendo admitida somente em casos excepcionais e sob a condição do aceite prévio por parte dos trabalhadores.

A autora observa que na Espanha, devido à escassez de legislação e regulamentação a respeito dos limites do poder de vigilância e controle empresarial, a interpretação quanto à licitude da monitoração no ambiente de trabalho é tratada pela jurisprudência, doutrina, regulamento interno da empresa, negociação coletiva, contrato individual, delimitando sua fronteira na dignidade e intimidade do trabalhador.

Na França é admitida a utilização dos aparelhos audiovisuais para combater crimes comuns e proteger o patrimônio do empregador, não sendo permitido, porém, seu uso com a finalidade de controlar os empregados (RIBEIRO, 2008).

Acrescenta Barros (2011) que a legislação brasileira não proíbe a utilização da monitoração audiovisual, inclusive a jurisprudência vem permitindo a fiscalização audiovisual da atividade do empregado com o intuito de manter a segurança no local de trabalho e proteger os bens do empregador, não violando a intimidade e a vida privada do trabalhador.

É o que se pode extrair da seguinte decisão:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA. A mera colocação de câmeras de vigilância no local de trabalho, com objetivo de manter a segurança do estabelecimento, consiste em procedimento compatível com a fiscalização do patrimônio da empregadora, não gerando indenização por danos morais. (TRT-4 - RO: 00004184320125040401 RS 0000418-43.2012.5.04.0401, Relator: MARIA HELENA LISOT, Data de Julgamento: 29/05/2013, 1ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul) (grifo nosso).

A monitoração é um avanço tecnológico, inclusive podendo ser utilizado como um instrumento probatório de grande valia na apreciação da conduta do empregado. Porém adverte que nem todos os locais do interior da empresa são passíveis de vigia, citando como exemplo banheiros e locais para descanso e alimentação dos trabalhadores (BARROS, 2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. USO DE CÂMERAS DE VIGILÂNCIA E ESCUTAS NO LOCAL DE DESCANSO. A instalação de câmeras e escutas na área destinada ao descanso dos empregados não se justifica, pois não se trata de local de trabalho, mas sim de ambiente

em que os funcionários descansam, de modo que o monitoramento invade a privacidade e intimidade, constringendo os trabalhadores, os quais ficam constantemente sobre o manto da desconfiança, o que, por certo, fere a dignidade da pessoa. Logo, não há falar em violação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR: 9521620125110005 952-16.2012.5.11.0005, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013) (grifo nosso).

Observa-se que, o que determina quanto à possibilidade de utilização das câmeras de vigilância, é o local em que elas estão instaladas. Tal afirmação se verifica na seguinte decisão:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - AUSÊNCIA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. A utilização de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, desde que não foquem locais onde haja risco de violação de privacidade dos empregados (refeitórios ou banheiros) ou um ou outro empregado em especial, não viola a intimidade, não constitui ilícito e, em consequência, não induz dano moral. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 9768220105110015 976-82.2010.5.11.0015, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 31/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/09/2011) (grifo nosso).

Aponta Ribeiro (2008) que a ilicitude se dá quando o objetivo da monitoração audiovisual é a vigia do comportamento e do desempenho dos empregados, violando assim a intimidade dos trabalhadores.

Já Moreira (2010) observa que a monitoração audiovisual não cumpre seu pré-requisito quanto à intenção de sua utilização, pois além de haver o interesse na proteção de pessoas e bens, há também o interesse de controlar as atividades laborais dos trabalhadores por parte dos empregadores, resultando assim, em uma nova forma de governar as relações laborais.

Tal consideração pode ser feita também acerca da escuta telefônica, prática recorrente nas relações laborais e abordada a seguir.

4.3 Escuta telefônica

Devido à facilidade de interceptação das conversas, a monitoração telefônica é o modo mais comum de intromissão sem autorização na esfera íntima e privada dos cidadãos. Tal violação também acomete aos empregados no ambiente de trabalho (RIBEIRO, 2008).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 12, mencionado abaixo, veda interferências arbitrárias na esfera da vida privada, família, domicílio, ou correspondência das pessoas.

Artigo 12.º Ninguém deverá ser submetido a **interferências arbitrárias na sua vida privada**, família, domicílio **ou correspondência**, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei (grifo nosso).

Conforme Ribeiro (2008) a expressão “correspondência” na Declaração Universal dos Direitos do Homem deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo as comunicações telefônicas.

No Brasil, o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas é uma garantia constitucional do cidadão e encontra guarida no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. Conforme o referido artigo, seu sigilo é inviolável, salvo no tocante à investigação criminal e instrução processual penal, ainda assim, mediante ordem judicial.

De acordo com Junior (2008), na Inglaterra se permite a colocação de escutas telefônicas nos aparelhos, desde que o empregador não interfira na linha. O argumento utilizado para essa prática é que, durante o horário de trabalho, o empregado está restrito a tratar de assuntos empresariais.

O autor chama a atenção para o fato de que no Brasil permitir que o empregador escute a conversa de seus empregados é flagrantemente inconstitucional.

É o que se pode conferir na seguinte decisão:

PROVA ILÍCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA CLANDESTINA. **A interceptação de conversa telefônica de empregado**, sob a supervisão de "autoridade policial civil", justificada como medida de prevenção de possíveis desvios de comportamentos e estribada na equivocada premissa de seu uso como instrumento de controle e gestão das atividades empresariais, **constitui grave violação aos direitos inerentes ao sigilo das comunicações, à liberdade de manifestação do pensamento, à privacidade e intimidade**, que a Constituição Federal cuidou de resguardar, no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º., incisos IV, X e XII). A escuta telefônica clandestina, realizada sem o consentimento do trabalhador e autorização judicial, não tem amparo legal e o seu indeferimento não caracteriza cerceamento ao direito de defesa (CF/88, art. 5º., inciso LVI e CPC, art. 332). (TRT-3 - RO: 1813405 00739-

2005-091-03-00-0, Relator: Convocado Antonio G. de Vasconcelos, Segunda Turma, Data de Publicação: 03/05/2006) (grifo nosso).

A seguir, outra decisão que reforça o posicionamento jurisprudencial acerca da escuta telefônica:

Quebra do sigilo de comunicações telefônicas privadas de funcionário configura ilícito trabalhista quando esse controle patronal sobre o uso do telefone não é comunicado previamente ao trabalhador, circunstância abrangida pela confissão ficta. Conduta patronal que excede os limites do poder fiscalizatório, violando direito constitucionalmente assegurado e autorizando condenação ao pagamento de reparação pelo dano imaterial perpetrado. Sentença parcialmente reformada. (TRT-1 - RO: 2787620105010008 RJ, Relator: Jorge Fernando Gonçalves da Fonte, Data de Julgamento: 08/10/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 29/10/2012) (grifo nosso).

Observa Barros (2011) que a CLT brasileira é omissa em relação à monitoração telefônica, e apresenta o critério da razoabilidade, utilizado pela doutrina espanhola, como auxílio ao intérprete brasileiro na solução do conflito entre os direitos fundamentais da livre-iniciativa e da propriedade, com o direito ao sigilo de correspondência e à privacidade. Segundo a autora, tal possibilidade encontra embasamento legal no artigo 8º da CLT que subscreve:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, **na falta de disposições legais ou contratuais**, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, **principalmente do direito do trabalho**, e, ainda, de acordo com **os usos e costumes, o direito comparado**, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (grifo nosso)

É inconstitucional a escuta telefônica praticada pelo empregador em desfavor de seus empregados, porém a utilização dos aparelhos telefônicos fornecidos pelas empresas deve ser de forma proporcional. O abuso em sua utilização deverá ser coibido, inclusive podendo o empregador ser ressarcido com os valores gerados pelas ligações quando estas se demonstrarem excessivas (RIBEIRO, 2008).

É o que se pode conferir na seguinte decisão:

RESSARCIMENTO DE DESPESAS PELO RECLAMANTE. MATÉRIA TRAZIDA EM SEDE DE RECONVENÇÃO. **Prova dos autos que permite verificar o uso abusivo, por parte do reclamante, do telefone celular fornecido pela empresa, o que autoriza a devolução dos respectivos valores. Cláusula do contrato de trabalho que permite o desconto de valores decorrentes de prejuízos causados ao empregador.** (...) (TRT-4 - RO: 1466200740304007 RS 01466-2007-403-04-00-7, Relator: JOAO PEDRO SILVESTREIN, Data de Julgamento: 15/04/2009, 3ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul). (grifo nosso)

Comenta ainda, Barros (2011) que a doutrina espanhola vai além. Segundo entendimento doutrinário espanhol, o telefone é utilizado como meio de execução das tarefas, logo, o empregador poderá intervir e controlar as chamadas, pois não é considerado terceiro em relação à conversa.

Percebe-se que a doutrina espanhola faz toda uma construção jurídica para a aceitação da escuta telefônica, desconstituindo o empregador de terceiro na relativa conversa ao *status* de parte nessa conversa. Tal construção jurídica serve para dar licitude à monitoração telefônica, pois, quem é parte na conversa por lógico que pode escutá-la, inclusive pode gravá-la.

Tal construção também se verifica na jurisprudência brasileira. É o que se pode observar na seguinte decisão:

TRT-PR-15-02-2008 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VALIDADE DA PROVA. A Constituição da República **veda a violação do sigilo das comunicações telefônicas, que somente é permitida por ordem judicial, e ainda assim nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal** (art. 5º, inciso XII). **Refere-se o preceito constitucional, evidentemente, à interceptação telefônica que alcança diálogo de terceiros. Esta, sim, é prova ilícita. Se a gravação é feita pelo próprio partícipe da conversação, entretanto, não há escuta telefônica e nem lesão ao direito constitucional.** Sem embargo, sempre se exigirá prova de que a gravação foi feita por um dos participantes do diálogo, sob pena de nulidade da prova oferecida. (TRT-9 35062006872904 PR 3506-2006-872-9-0-4, Relator: REGINALDO MELHADO, 5A. TURMA, Data de Publicação: 15/02/2008) (grifo nosso)

Na França é permitida a interceptação de conversa telefônica do empregado apenas quando o trabalho consiste, essencialmente, em telefonar (*telemarketing*). Tal autorização se dá com o objetivo de possibilitar o empregador a verificar como o trabalho está sendo realizado (BARROS, 2011).

4.4 Uso da internet e do correio eletrônico

O processo de informatização permite facilitar e modernizar as relações sociais, porém a sua utilização pode acarretar a violação da vida privada das pessoas, segundo Júnior (2009).

No que tange à proteção do direito da intimidade dos empregados é fundamental que se trate sobre a possibilidade de verificação, por parte do empregador, da caixa de correio eletrônico e destino de navegações na *Internet*. Filho e Negrisoni (2009) dividem a *Internet* em quatro principais manifestações de acordo com o seu objetivo: grupos de discussão; envio e recebimento de mensagens eletrônicas; grupos de conversa e os sítios cibernéticos.

O presente trabalho busca dar enfoque aos meios de comunicação relacionados à *Internet* mais utilizados na atualidade. Nele se entende como *e-mail* corporativo, aquele fornecido pelo empregador, que deverá ser utilizado pelo empregado, durante o horário de trabalho para fins empresariais. Já o *e-mail* pessoal é definido por aquele criado pelo próprio funcionário com o objetivo de trocar mensagens com familiares ou amigos, este de cunho estritamente pessoal.

A utilização pelo empregado, do *e-mail* corporativo para enviar suas mensagens particulares poderá ser fiscalizada pelo detentor do poder empregatício. Contudo o empregado deverá ter ciência dessa fiscalização e da finalidade do uso do computador, qual seja a atividade funcional. A fiscalização, neste caso justifica-se devido ao fato de que o equipamento é uma ferramenta de trabalho (BARROS, 2011).

Destaca Ribeiro (2008) que há um aumento estatístico de empregados que se utilizam da *Internet* e do correio eletrônico de forma abusiva no ambiente de trabalho, utilizando-se dessa ferramenta para fins pessoais, inclusive entrando em *chats* obscenos, sem nenhuma conexão com a finalidade da atividade laboral. Devido ao fato de no Brasil não haver regulamentação do uso da *Internet*, o empregador vem encontrando dificuldades em restringir o seu uso pelos empregados, ficando o trato da matéria a cargo de circulares ou ao regulamento das empresas por força do próprio poder organizativo legalmente conferido aos empregadores.

A autora esclarece que esse controle em relação ao uso da *Internet* não pode ser feito de forma abusiva, excessiva e arbitrária por parte do empregador. Tal controle deve ter como base os princípios da razoabilidade, necessidade e proporcionalidade. Em um caso extremo, como denúncia de mau comportamento do

empregado, poderá o empregador invadir a privacidade do empregado, cabendo ao ordenamento jurídico, nesse caso de colisão de direitos, decidir qual o bem maior de dignidade jurídica que deverá preponderar, utilizando o princípio da ponderação.

O empregador deve definir a limitação do uso da *Internet* pelo empregado, informando-o se este pode ou não utilizar essa ferramenta para fins pessoais durante o horário de trabalho e quais as restrições acerca de sua utilização. Caso o empregador determine que o empregado não pode utilizar a *Internet*, poderá o empregador fiscalizar o seu uso sem que seja configurada violação de direitos fundamentais do empregado (RIBEIRO, 2008).

Tal posicionamento se verifica no julgado a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: ELTON MODESTO DE SOUZA DIAS

RECORRIDO: CHOCOLATES KOPENHAGEN LTDA.

ORIGEM: 76ª Vara do Trabalho de São Paulo

(...)

Ciente do código de conduta a ser respeitado pelos empregados, o reclamante armazenou arquivos pessoais na máquina da ré, contendo conteúdo pornográfico (documentos 124/141), burlou o "firewall", que é um programa que filtra "sites" perigosos ou proibidos pela empresa, acessando "sites" proibidos, inclusive com prática de sexo virtual no horário de trabalho (documentos 217/285).

(...)

"Em tempos modernos, é comum ligar a indisciplina ao abuso cometido no mundo virtual, como o carregamento de programas clandestinos de computador, o uso da rede mundial para acesso a páginas com mensagens de ódio, de racismo ou de material pornográfico, bem como o uso indevido do correio eletrônico corporativo. A fim de evitar alegação de desconhecimento ou de ingenuidade, as empresas que lidam com sistemas informatizados (...) costumam ser mais severas no trato desse material (...). Por se tratar de ferramenta de trabalho de propriedade do empregador, é válida a estipulação de procedimentos que a empresa gostaria de ver obedecidos, não podendo haver insurreição por parte do empregado num assunto de ordem interna do empregador." (Homero Batista Mateus da Silva, in Curso de Direito do Trabalho Aplicado, vol. 6, p. 267-268, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009)

Sentença mantida.

Filho e Negrisoli (2009) afirmam que o entendimento dominante do TST (Tribunal Superior do Trabalho) é de que o *e-mail* corporativo é considerado uma ferramenta de trabalho e que, por esse motivo, é passível de violação por parte do empregador, até porque, o empregador responde perante terceiros por atos de seus empregados. Nessa hipótese haveria a primazia do direito de propriedade frente à privacidade do empregado.

Da mesma forma Júnior (2009) também se posiciona favorável à fiscalização do *e-mail* corporativo visto que este é fornecido ao empregado como ferramenta de trabalho, logo, trata-se de correspondência do empregador, e não do empregado. Em se tratando de *e-mail* particular, o autor defende que este é inviolável.

Em sentido contrário, Filho e Negrisoli (2009) dizem que o simples fato do *e-mail* corporativo ser de propriedade da empresa não autoriza o empregador a violar seu sigilo, como exemplo, o autor cita a vedação de câmeras de vigilância nos banheiros, alegando que estes são também de propriedade do empregador, e nem por isso dá o direito à violação. Outro exemplo que o autor cita são os telefones, também propriedade da empresa, mas que somente pela propriedade não dá o direito a utilização de escutas telefônicas sem autorização judicial.

Esse posicionamento favorável à fiscalização do *e-mail* corporativo e desfavorável à violação do *e-mail* particular pode ser observado na maioria das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho. Segue uma decisão para exemplificar:

Ementa: Indenização por danos materiais e/ou morais. Contagem do prazo prescricional. Este o relatório. Proc. Nº 000279269.2011.5.02.0030 1. I - RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR. 1. Indenização por danos materiais

A respeito da utilização de correio eletrônico (*e-mail*) como meio de prova, temos que a mais Alta Corte Trabalhista já pronunciou a respeito: **“Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido dos *e-mails*, por certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor. (...) A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o *e-mail* não poderia ser utilizado para fins particulares”.** (...)

Desta forma, entendeu C. TST que **não se trata de prova ilícita a possibilidade do empregador vir a monitorar o *e-mail* “corporativo”,**

não existindo violação ao princípio de proteção constitucional em relação ao ex empregado. Assim, como acima citado, entendeu-se pela possibilidade de fiscalização por parte do empregador, inclusive quanto a sua utilização como meio válido para rescindir o contrato de trabalho, por justa causa.

Neste específico aspecto, forçoso reconhecer a falta de uma definição jurídica mais ampla sobre as mais diversificadas utilizações da internet, que acabam por acarretar questionamentos nas relações sociais e trabalhistas, especialmente quando se trata de conflitos que abarquem os direitos fundamentais, mormente o da tutela constitucional acerca da intimidade, sigilo e inviolabilidade da correspondência da pessoa, somado ao direito garantido da propriedade. (...)

Neste momento, **mostra-se necessária fazer a distinção entre e-mail “corporativo” e o “particular”.** O primeiro constitui uma ferramenta de trabalho, fornecido pelo empregador e que deveria ser utilizado exclusivamente para o trabalho, enquanto o segundo possui um caráter muito íntimo e pessoal, estando garantido pelo indigitado texto constitucional. Assim, deve-se ter em mente que o e-mail “particular” deve ter o direito garantido ao sigilo citado no citado artigo constitucional, uma vez que visa salvaguardar as informações das correspondências e das comunicações particulares, que só dizem respeito à pessoa destinatária. De forma categórica, afirmo que não pode haver a menor possibilidade de violação de cartas particulares, seja por agentes públicos ou por autoridade patronal. Logo, a partir da adoção dos conceitos acima, pode-se diferenciar quanto ao manejo dos e-mails, pois, sob o enfoque especificamente das relações do trabalho, notadamente com vistas a perquirir sobre a interferência de algum empregador nas correspondências utilizadas pelos seus empregados. **Ademais, o uso indevido do e-mail “corporativo”, acaba por confirmar a versão de inegável perda do tempo de trabalho, prejudicando inclusive o seu propósito laboral, justificando a necessidade dos empregadores em fazer um monitoramento desta ferramenta de trabalho.** Outra forma de evidente prejuízo às empresas, seria a indevida utilização do e-mail “corporativo” para eventual propagação de mensagens com cunho discriminatório, isto com o logotipo da empresa estampado na divulgação, o que poderia acarretar inegáveis prejuízos financeiros, mormente afetando a imagem da empresa. Portanto, nesta trilha, resta evidente que não há qualquer afronta à privacidade do obreiro, em razão do monitoramento do seu e-mail “corporativo”, ainda porque tal ferramenta é de propriedade da empresa que apenas cedeu ao colaborador para que fizesse uso restrito ao âmbito profissional. Nesse sentido, acompanho o posicionamento adotado pelo Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, do C. TST. Contudo, em se tratando do chamado e-mail “particular” tal raciocínio não se aplica, pois como acima retratado, tal procedimento não se desprende do caráter de sigilo, intimidade e inviolabilidade que compõe uma correspondência particular, e a quebra destes preceitos, com a sua utilização para usos empresariais, confirma a inegável afronta aos citados direitos, garantidos constitucionalmente. Ainda porque, o legislador constituinte, ao tratar dos direitos à intimidade e à inviolabilidade, na forma como grafados em nossa Constituição, tem o intuito de preservar a intimidade das pessoas e, no particular, as suas correspondências pessoais, que diferem daquelas mensagens utilizadas para o desempenho de suas atividades profissionais. (...)(TRT - RO: 0002792-69.2011.5.02.0030 SP, Relator: Desembargador Sérgio Winnik, 30ª Vara do Trabalho de São Paulo, Data de Publicação: 14/06/2013).

Nova ferramenta de comunicação eletrônica, o *Skype* fornecido pelo empregador ao empregado como ferramenta de trabalho, segue a mesma lógica no que concerne à possibilidade da violação de seu conteúdo pelo empregador.

DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS VIA *SKYPE*. Apesar de o *skype* se tratar de ferramenta de comunicação acessível ao público em geral, quando destinada pelo empregador como ferramenta de trabalho, equipara-se à ferramenta corporativa. Portanto, não ofende o direito à intimidade, tampouco viola o sigilo da correspondência, o acesso pelo empregador ao conteúdo das mensagens trocadas pelos seus empregados em computadores da empresa, durante o expediente de trabalho, mormente quando cientificados os trabalhadores dessa possibilidade. (TRT-12 - RO: 00007023820145120052 SC 0000702-38.2014.5.12.0052, Relator: GISELE PEREIRA ALEXANDRINO, SECRETARIA DA 3A TURMA, Data de Publicação: 11/09/2015)

A fiscalização *prima* por evitar prejuízos causados pelo uso abusivo da *internet*, tais quais: a perda da produtividade pelo empregado; o recebimento de vírus pelo equipamento; spam ou lixo eletrônico; sobrecarga no sistema informático; e pirataria (JÚNIOR, 2009).

O *spam* ou lixo eletrônico é o recebimento de mensagens eletrônicas não solicitadas ou não autorizadas. O recebimento dessas mensagens indesejáveis pode prejudicar o processamento de dados da empresa e tornar o envio e recebimento de arquivos mais lentos. Em relação à pirataria de arquivos ou programas, como trata-se de um ato criminoso, pode o empregador, como proprietário do domínio, ter de responder pelos atos de seus empregados.

Acerca do recebimento de vírus, o empregador pode ter um prejuízo com conserto dos equipamentos, bem como prejuízo no desenvolvimento das tarefas laborais, devido ao fato do computador infectado ter de ficar fora de uso enquanto está sendo reparado.

Sobre a perda de produtividade do empregado, esta se dá pelo fato do empregado utilizar o correio eletrônico para outros fins que não da atividade laboral, desperdiçando o seu tempo, que deveria estar sendo aplicado às atividades relacionadas ao trabalho.

O uso indevido da *Internet* e do *e-mail* corporativo vem gerando de uma forma crescente conflitos no ambiente de trabalho. O autor cita como exemplo, um fato ocorrido em 2002, onde essa utilização indevida gerou dispensa de 33 funcionários

e a advertência devido ao envio de mensagem de conteúdo pornográfico em uma das maiores montadoras de automóveis no Brasil.

Afirma Barros (2011) que a regra é a liberdade de comunicação, o que é permitido fiscalizar é a quantidade e horário das mensagens e não a fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas. Em sendo a mensagem de conteúdo íntimo a fiscalização de seu teor por parte do empregador, salvo autorização judicial, enseja violação de dois preceitos constitucionais: o que garante o sigilo da correspondência (artigo 5º XII) e o que assegura o direito à intimidade (artigo 5º X). Mais ainda, poderá o empregado rescindir o contrato de trabalho alegando justa causa por parte do empregador, com base legal no artigo 483 da CLT, cabendo ainda indenização por dano moral e/ou material.

Destaca Júnior (2009) que autorização judicial permite a quebra da regra de sigilo de correspondência para fins de investigação em processo penal, além de instrução em processo civil e do trabalho.

Em se tratando de sigilo da correspondência faz-se importante destacar que o *e-mail* pode ser considerado como uma evolução da correspondência postal, logo é passível de tutela constitucional encontrada no artigo 5º, XII conforme JÚNIOR (2009).

Para que haja justa causa do empregado, deverá ser comprovada a má utilização do computador, por exemplo, utilizando-se da *internet* para o envio de material pornográfico. Outro exemplo é a violação do conteúdo do *e-mail* de um colega por outro, ainda segundo Barros (2011).

A lei de nº 12.965, de 23 de abril de 2014 visa estabelecer, garantias, direitos e deveres quanto ao uso da *Internet* no Brasil, fundamentados por princípios já citados no presente trabalho, tais como o princípio da dignidade humana, da privacidade e da inviolabilidade da intimidade.

Seu artigo 7º, inciso VII, protege o usuário contra o fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet. Sua divulgação só é permitida mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

O parágrafo único do artigo 8º diz que “são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet” (...)

Uma vez abordadas questões específicas que podem gerar violação à intimidade do empregado, a seguir apresenta-se o desdobramento dessas violações no que tange a possibilidade do empregador utilizar-se das provas obtidas com o auxílio das tecnologias disponíveis à fiscalização em possíveis processos judiciais.

4.5 O direito do empregador à prova

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em seu artigo 482, prevê hipóteses de rescisão do contrato de trabalho por justa causa quando do cometimento de falta grave pelo empregado.

Para que o empregador rescinda o contrato de trabalho por justa causa, necessário se faz a comprovação quanto ao cometimento do ato faltoso por parte do empregado. Em um possível processo trabalhista, em que o empregado ajuíza ação alegando que não incorreu em nenhuma das condutas tipificadas no referido artigo, o empregador terá o direito de valer-se das provas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, XXXV assegura a todos o livre acesso à justiça com o objetivo de se defender e buscar direitos violados ou ameaçados (RIBEIRO, 2008).

Tal garantia traz consigo prerrogativas inerentes ao acesso ao judiciário, entre as quais a possibilidade de provar os fatos alegados pelas partes no processo. Portanto, o direito à prova é um desdobramento do livre acesso à justiça e ao princípio da ampla defesa, conferindo ao empregador o direito à prova.

Complementa ainda, dizendo que a prova tem por objetivo a formação da convicção do Juiz, demonstrando os fatos alegados pelas partes na demanda.

Assevera Barros (2009) que prova é o instrumento utilizado para a busca da verdade no processo. No entanto, sua consecução deve ser respaldada no respeito

à preservação da intimidade na esfera processual, tal qual no campo do direito material.

Define Campos (2014, p. 141) como:

a demonstração da veracidade de fatos e de alguns direitos, decorrente da atividade realizada pelas partes através do uso dos meios colocados a sua disposição pelo ordenamento jurídico sempre com a finalidade de convencer o julgador.

Além da condição de não violar a intimidade, a prova necessita de utilidade para com o caso o qual será usada, devendo haver correlação com o objeto do processo (RIBEIRO, 2008).

Devido ao grande avanço tecnológico, além das provas tradicionalmente conhecidas utilizam-se também as provas eletrônicas. A CLT não trata especificamente do assunto, mas seu artigo 769 permite que seja aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil quando houver alguma omissão neste diploma legal (CAMPOS, 2014). O Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 332 prevê que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Essa é a base legal para a utilização das provas eletrônicas em processos judiciais.

4.5.1 A problemática da prova ilícita no processo do trabalho

Explana Barros (2009) que o direito à preservação da intimidade consagrado no artigo 5º, X, da Constituição Federal do Brasil estabelece seus limites, não só no que tange ao direito material, mas também ao que concerne ao direito processual. É desta premissa que se infere que a busca da verdade deverá ser alcançada com a preservação do direito à intimidade.

A doutrina distingue entre prova ilícita e ilegítima, segundo tal distinção prova ilícita é aquela que viola a norma de direito material, geralmente em um momento que antecede o processo, já a prova ilegítima contraria a lei processual apurada por ocasião da produção da prova no curso do processo (BARROS, 2009).

A autora comenta que o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal do Brasil de 1988 não admite no processo as provas obtidas por meios ilícitos. No mesmo sentido o Código de Processo Civil veda o uso no processo de meios moralmente ilegítimos. Ribeiro (2008) complementa que o ordenamento jurídico proíbe a admissão da prova obtida por meio ilícito para não fomentar a deslealdade, a má fé e os meios torpes de produção.

À título de exemplo, a autora cita a interceptação telefônica como meio de prova ilícita pois atenta contra a privacidade da pessoa humana. A violação deste direito material, por ser preceito constitucional leva à nulidade do ato. Sob esse aspecto a autora cita a teoria do fruto da árvore venenosa, que compara a obtenção de prova ilícita aos frutos dessa árvore. Assim, a utilização dessa prova ilícita contamina todo o processo, invalidando todas as provas dela decorrentes.

Entende ainda a autora, que é no campo das comunicações que se verifica maior incidência de violação à intimidade, a qual resulta na prova obtida de forma ilícita.

Em qualquer processo, inclusive nos trabalhistas, não se deve admitir a utilização de provas ilícitas, em face de tantos outros meios de provas existentes, tanto para empregado quanto para o empregador. Abaixo uma decisão que vai ao encontro da não aceitação de provas ilícitas no processo (RIBEIRO, 2008).

PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. Em respeito ao artigo 5º, LVI, da Constituição da República, as provas, entre elas, as gravações e reproduções de qualquer espécie, somente são válidas se obtidas por meios lícitos. Obtendo-se o vídeo através de gravação clandestina, sem comprovação de sua origem, não há como se admitir a referida prova, pois ilícita. Na hipótese vertente, utilizou-se o empregador de filmagens realizadas por pessoa não identificada e à revelia do empregado, sendo certo que, mesmo considerando a possibilidade de realização da filmagem, esta se revelou insuficiente como meio de prova do ato de improbidade atribuído ao empregado. (TRT-3 - RO: 00878201213603009 0000878-76.2012.5.03.0136, Relator: Sercio da Silva Pecanha, Oitava Turma, Data de Publicação: 06/12/2013 05/12/2013. DEJT. Página 103. Boletim: Não.)

Apesar do seu posicionamento, há uma corrente doutrinária e jurisprudencial que vem timidamente admitindo o uso por meio ilícito de provas no processo. Como argumento se valem de que o processo é a busca da verdade, não devendo valorizar tanto a forma de obtenção, mas sim o seu resultado. Há outra corrente doutrinária e jurisprudencial que admite a possibilidade da prova obtida por meio

ilícito, uma vez que existindo a colisão de direitos fundamentais, o Juiz deve apreciar a validade dessa prova aplicando o princípio da proporcionalidade nesse conflito.

Para Barros (2009), ao vedar a utilização das provas obtidas ilicitamente, a legislação tem por intuito garantir que a parte aja eticamente, preservando assim a garantia à intimidade. Ribeiro (2008) completa que a inadmissibilidade da prova ilícita tem por finalidade vedar a violação de normas e garantias constitucionais, tanto no processo criminal, quanto no conjunto do universo jurídico, incluído neste o direito do trabalho.

Todas as provas obtidas por meio de violação aos direitos e garantia da pessoa, inclusive do trabalhador, não poderão ser admitidas no processo. Na hipótese da prova ilícita ter sido aceita no processo, os atos processuais decorrentes a partir dessa aceitação deverão ser considerados nulos (RIBEIRO, 2008).

CONCLUSÃO

Diante do exposto não restam dúvidas em relação à complexidade do assunto, pois trata-se do conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador.

No atual contexto estão inseridos milhões de brasileiros, alguns como empregadores, outros como empregados. As novas tecnologias utilizadas como ferramenta de trabalho, a exemplo do monitoramento pelas câmeras de vigilância e do correio eletrônico, além de agilizarem os processos das empresas, se revelaram um importante instrumento de fiscalização aos empregados pelos empregadores.

O estudo demonstra que, em alguns casos, essa fiscalização se dá de forma a invadir a intimidade e a esfera privada do empregado. Tal conduta além de se configurar em violação à dignidade da pessoa humana, também se traduz em ilícita.

De um lado temos o empregador, com seu poder diretivo e de propriedade sobre os bens e equipamentos disponíveis aos empregados, que entende ter o direito de monitorar e fiscalizar o seu empregado, em todos os sentidos.

Por outro lado temos o empregado, figura hipossuficiente na relação, que se sente violado em seu direito à intimidade e vida privada, quando fiscalizado por seu empregador.

Assim, verifica-se que este assunto deve ser tratado com muita cautela de forma a garantir que haja ponderação em relação aos direitos das partes envolvidas.

O estudo revela, sobre a prática da revista pessoal, que a corrente majoritária doutrinária aceita a realização das revistas pessoais. As revistas realizadas nos pertences dos empregados também são aceitas pela maior parte da doutrina e jurisprudência, desde que de forma discreta e impessoal, não extrapolando os limites impostos aos poderes diretivos e fiscalizatórios patronais.

Portanto, cabe às empresas que adotarem tal procedimento, deixar claro aos seus empregados que esta prática faz parte da política da empresa.

No que diz respeito às revistas íntimas, entende-se que estas sejam ilegais, proibidas. Esse também é o posicionamento da maioria dos Tribunais Superiores de trabalho e esta prática está vedada expressamente no tocante às empregadas e funcionárias no artigo 373-A, VI da CLT, o qual, pelo princípio da igualdade entre homens e mulheres, veda também essa forma de revista em empregados e funcionários do sexo masculino.

Acredita-se que as revistas se constituem em um método deveras invasivo e que esta prática pode ser substituída por outra que não gere tamanho constrangimento ao empregado, bem como sensação de que este não é de confiança.

Em relação ao monitoramento audiovisual entende-se lícito sua utilização, desde que instalados em lugares a não invadir a esfera íntima dos empregados. O exemplo mais utilizado pela doutrina nesses casos de violação de intimidade é a monitoração audiovisual nos banheiros e vestiários dos empregados. Nesses casos, há ilicitude, devendo tal prática ser vedada.

Ademais, se faz necessário ao empregador que comunique a existência de câmeras de vigilância aos empregados, podendo este inclusive justificar que elas podem trazer ao ambiente de trabalho maior segurança.

Em relação à escuta telefônica entende-se proibida a interceptação da conversa do empregado pelo empregador. No Brasil, o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas é uma garantia constitucional do cidadão e encontra guarida no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. Conforme o referido artigo,

seu sigilo é inviolável, salvo no tocante à investigação criminal e instrução processual penal, ainda assim, mediante ordem judicial.

Dessa forma, tal conduta ocorre de forma inconstitucional, portanto abusiva a escuta telefônica por parte do empregador em relação ao empregado no ambiente de trabalho. Em relação ao ressarcimento das despesas oriundas em casos de excessos cometido pelo empregado, esse sim é aceitável. Assim, tem-se o equilíbrio em relação aos direitos de cada parte, o empregador por um lado se utilizar de escutas poderá ser penalizado, assim como o empregado, se utilizar-se em excesso deste meio de comunicação disponibilizado pela empresa poderá sofrer sanções.

Fazer uma construção jurídica para considerar o empregador como parte na conversa telefônica é um atentado, uma afronta aos direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais foram adquiridos historicamente com muita luta.

Entende-se possível a verificação do correio eletrônico corporativo, desde que, essa regra esteja clara para o empregado, pois se compreende que esse *e-mail* pertence exclusivamente para os fins laborais. Outro fator a ser considerado é que o empregador poderá ser responsabilizado pelo envio de conteúdo racista ou pornográfico das mensagens, quando assim o empregado o fizesse. Tais exemplos poderiam ser considerados crimes e também afetariam de forma negativa a imagem da empresa.

Como possível alternativa vislumbra-se a possibilidade do empregador permitir o uso necessário e proporcional do *e-mail* particular no ambiente de trabalho, uma vez que essa tecnologia se tornou indispensável para a comunicação. Esse *e-mail* seria absolutamente inviolável, uma vez que possui natureza e conteúdo privativo.

No tocante à utilização da *internet*, por entender que seu uso prolongado diminui a capacidade produtiva do empregador, acarretando ônus aos resultados financeiros da empresa, a solução adequada poderia ser a instalação de bloqueios de sites (redes sociais, conteúdo sexual, sites de relacionamento), mas nunca a verificação, a intromissão do empregador em acessar os sites visitados pelos empregados, invadindo sua intimidade.

A fiscalização pode ser permitida quanto ao tempo de utilização da *internet*, devendo esta ser estipulada pelo empregador e comunicada tal limitação ao empregado.

Salutar se faz comentar que o empregado deve ter o bom senso de utilizar com moderação a *internet*, visto seu comprometimento com o vínculo de trabalho estabelecido.

No que concerne à utilização de provas obtidas no ambiente de trabalho, só devem ser aceitas se obtidas de forma lícita, com o respeito aos direitos fundamentais dos empregados.

O poder empregatício encontra limites nos direitos fundamentais do empregado, tais como a intimidade e a vida privada. O respeito a essa fronteira pelo poder empregatício é o que vai materializar a dignidade do trabalhador subordinado.

O conflito entre O DIREITO À PRIVACIDADE E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR deve ser ponderado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Necessário se faz também o uso do bom senso pelo empregador na condução e fiscalização dos empregados. Aos empregados compete aplicar o bom senso quanto à utilização das ferramentas disponibilizadas pelo empregador para a execução de suas atividades laborais. O excesso cometido tanto pelo empregador quanto pelo empregado é o que se configura em abuso, o qual deve ser vedado no ambiente de trabalho.

Quando a linha divisória no choque do poder diretivo com a privacidade do empregado for muito tênue, há de prevalecer os direitos fundamentais garantidos ao empregado, pois toda a lógica jurídica se concentra em tal proteção à luz da Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 184200800319009, da 3ª Vara. Recorrente: Willyane Batista Amorim. Recorrido: Lojas Riachuelo S.A. Relator: Pedro Inácio. Maceió, 22 abr. 2009. Disponível em: <<http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9099172/recurso-ordinario-record-184200800319009-al-0018420080031900-9>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BARROS, Alice M. de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009.

BITENCOURT, Manoela de. O poder diretivo do empregador frente à privacidade do empregado. In: FINCATO, Denis; MATTE, Maurício; GUIMARÃES, Cíntia (Orgs.). *Direito e Tecnologia: Reflexões sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 87-96.

BARROS, Alice M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Código Penal**. LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. Brasília: 2012.

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

DELGADO, Mauricio G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA AURÉLIO. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/dignidade>. Acesso em: 17 mar. 2016.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 9521620125110005 952-16.2012.5.11.0005, da 8ª Turma. Agravante: Prosegur Brasil S.A. - Transportadora de Valores e Segurança. Agravada: Claudia Sandian Batista de Castro. Relator: Dora Maria da Costa. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24348470/agravo-de-instrumento-em->

recurso-de-revista-airr-9521620125110005-952-1620125110005-tst>. Acesso em: 23 abr. 2016.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista nº 9768220105110015 976-82.2010.5.11.0015, da 3ª Turma. Recorrente: José Antônio Dias da Luz. Recorrida: Transportes Bertolini Ltda. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20389159/recurso-de-revista-rr-9768220105110015-976-8220105110015>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

FERREIRA, Ronaldo N. **O direito à intimidade do empregado e o poder empregatício**: reflexão acerca da revista pessoal. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

FILHO, Wilson R.; NEGRISOLI, Fabiano. Monitoramento e rastreamento do *e-mail* do empregado pelo empregador: precarização judicial aos direitos fundamentais de privacidade e de sigilo de correspondência. In: COUTINHO, Grijalbo F.; FILHO, Hugo C. M.; MAIOR, Jorge L. S.; FAVA, Marcos N. (Coords.). *O Mundo do Trabalho*, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p.471-492.

GARCIA, Gustavo F. B. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JUNIOR, Floriano B. **Direito à intimidade como direito fundamental e humano nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido por Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Editora Nacional: 1785.

MALHOTRA, Naresh. **Pesquisa de marketing**: uma orientação aplicada. Porto Alegre: Bookman, 2006.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1996.

MARTINS, Sergio P. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003.

MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 00878-2012-136-03-00-9, 8ª Turma. Recorrente: Fernando Alves dos Reis. Recorrido: São Dimas Transportes Ltda. Relator: Sérgio da Silva Peçanha. Belo Horizonte, 06 dez. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-3/attachments/TRT-3_RO_00878201213603009_5f727.pdf?Signature=YIF%2B1gxbn6B%2BowMrlgOc9xr1YOs%3D&Expires=1463362234&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB A&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=686462deda5f0d9152e64fdb415ba1ac>. Acesso em: 15 mai. 2016.

MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 00739-2005-091-03-00-0, 2ª Turma. Recorrente: Marco Aurélio Comércio e Locação Ltda

ME; Marco Aurélio Mahado Lara; Miguel Reis Lara; Eduardo Augusto Andrade Borges. Recorridos: Marco Aurélio Comércio e Locação Ltda ME; Marco Aurélio Mahado Lara; Miguel Reis Lara; Eduardo Augusto Andrade Borges; Galax Brasil Ltda (Directv). Relator: Antônio Gomes de Vasconcelos. Belo Horizonte: 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129535911/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1813405-00739-2005-091-03-00-0/inteiro-teor-129535921>>. Acesso em 15 mai. 2016.

MOREIRA, Teresa C. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias da informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010.

NASCIMENTO, Amauri M. **Iniciação ao Direito de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri M. **Curso de Direito de Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

PARANA. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 3506-2006-872-9-0-4, 5ª Turma. Recorrente: Paraná Assistência Médica Ltda e Regiane Costa Zaparolli. Recorrido: os mesmos. Relator: Reginaldo Melhado. Curitiba, 17 jan. 2008. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=2753948>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIBEIRO, Lélia G. C. **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante**: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito à dignidade e intimidade do trabalhador. São Paulo: LTr, 2008.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº: 2787620105010008, da 3ª Turma. Recorrente: recorrente: Alexandra Ladeira Monteiro. Recorridas: UNA Representação de Plano de Saúde Ltda e Life Saúde Médica Ltda. Relator: Jorge Fernando Gonçalves da Fonte. Rio de Janeiro, 29 out. 2012. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24277007/recurso-ordinario-ro-2787620105010008-rj-trt-1>>. Acesso em 30 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 0000418-43.2012.5.04.0401, da 6ª Turma. Recorrente: Everton Gonçalves de Araujo. Recorrido: Prime Tools Indústria Metalúrgica Ltda. Relator: Maria Helena Lisot. Porto Alegre, 29 mai. 2013. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128412879/recurso-ordinario-ro-4184320125040401-rs-0000418-4320125040401>>. Acesso em: 23 abr. 2016

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 0001438-58.2010.5.04.0201, da 8ª Turma. Recorrente: Anderson Madeira. Recorrido: Paquetá Calçados S.A. Relator: Lucia Ehrenbrink. Porto Alegre, 8 nov. 2012. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128369188/recurso-ordinario-ro-14385820105040201-rs-0001438-5820105040201>>

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 01466-2007-403-04-00-7, 2ª Turma. Recorrente: Ispel Indústria de Alimentos e Bebidas Ltda; Luiz Fernando Brusius Bresolin. Recorridos: os mesmos. Relator: João Pedro Silvestrin. Porto Alegre, 15 abr. 2009. Disponível em: <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4519789/recurso-ordinario-ro-1466200740304007-rs-01466-2007-403-04-00-7/inteiro-teor-11255035>. Acesso em: 15 mai. 2016.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso ordinário nº 00007023820145120052 SC 0000702-38.2014.5.12.0052, da 3ª Turma. Recorrente: Willian Kreutzfeld. Recorrido: Empresa de Transporte Coletivo Volkmann Ltda. Relator: Gisele Pereira Alexandrino. Florianópolis, 25 ago. 2015. Disponível em: <http://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231726134/recurso-ordinario-trabalhista-ro-7023820145120052-sc-0000702-3820145120052/inteiro-teor-231726182>. Acesso em 30 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 00023505420115020014, da 14ª Turma. Recorrentes: Lorenzetti S/A e Flaviana de Souza Santana. Relator: Manoel Ariano. São Paulo, 17 jul. 2015. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311974062/recurso-ordinario-ro-23505420115020014-sp-00023505420115020014-a28>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário nº 0002792-69.2011.5.02.0030, da 4ª Turma. Recorrente: Henrique Cardoso da Silveira Filho; Polinvest Empreendimentos Participações e Assessoria Ltda. Relator: Sérgio Winnik. São Paulo, 14 jun. 2013. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125058274/recurso-ordinario-ro-27926920115020030-sp-00027926920115020030-a28>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

VERGARA, Sylvia C. **Métodos de Pesquisa em Administração**. São Paulo: Atlas, 2006.

VILHENA, Paulo E. R. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. São Paulo: LTr, 2005.