

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Jonas Cervo Zamberlan

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO MONITORAMENTO DO
E-MAIL CORPORATIVO

Passo Fundo
2012

Jonas Cervo Zamberlan

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO MONITORAMENTO DO
E-MAIL CORPORATIVO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Ipojucan Demétrius Vecchi.

Passo Fundo
2012

AGRADECIMENTOS

À minha família, Armando, Leci e Jéssica, pelo amor,
zelo e força durante toda minha vida.

À minha namorada Gabriela, pela compreensão nos momentos de ausência
e pelo apoio no decorrer da dissertação.

Ao professor Orientador Me. Ipojucan Demétrius Vecchi, pelo
suporte e orientação na realização da pesquisa.

Aos colegas de curso, pelo companheirismo e amizade
durante toda a trajetória acadêmica.

“É pelo trabalho que o homem utiliza o mundo para fazer dele um instrumento do seu próprio progresso; é ao trabalho que se deve todo o desenvolvimento humano, toda a civilização, tudo o que distingue o primitivo do civilizado e o homem do animal.”

Jacques Leclercq

RESUMO

A presente monografia jurídica, através do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento bibliográfico, visa o estudo do monitoramento do e-mail corporativo, diante do conflito entre o direito de propriedade e os direitos à intimidade e à privacidade. A partir da análise dos princípios constitucionais incidentes na relação de emprego, com ênfase para o megaprincípio da dignidade da pessoa humana, seguindo pela apreciação dos direitos fundamentais contrapostos e finalizando com o exame do e-mail corporativo, é possível, ao final, responder ao principal embate no que diz respeito à constitucionalidade do método de fiscalização. Para tanto, ainda se exige algumas considerações acerca dos princípios constitucionais que se aplicam à relação empregatícia, porquanto estes devem ser interpretados conjuntamente, com o objetivo de conformar direitos de ambas as partes tutelados. Ocorre que, muitas vezes, no ambiente de trabalho, há claras situações de desrespeito à intimidade e à privacidade dos empregados, requerendo-se a aplicação imediata, porém ponderada, dos direitos fundamentais perante o empregador. Ao final, diante da posição doutrinária apresentada e com base nos preceitos constitucionais, sustenta-se a inconstitucionalidade do monitoramento do e-mail corporativo, concluindo tratar-se de instrumento de comunicação inviolável, excepcionalmente passível de interceptação por parte do empregador, considerando os mandamentos da boa-fé objetiva, da indisponibilidade dos direitos fundamentais e a aplicação da razoabilidade e proporcionalidade com a preservação do núcleo essencial do direito contraposto, para então elencar métodos legítimos de fiscalização.

Palavras-chave: Direito de propriedade. E-mail corporativo. Intimidade. Inviolabilidade. Poder empregatício. Privacidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO	9
1.1 Princípios: conceito e características	9
1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	14
1.1.2 Princípio do valor social do trabalho	16
1.1.3 Princípio da livre iniciativa.....	17
1.1.4 Princípio da boa-fé objetiva.....	18
1.1.5 Princípio da razoabilidade	19
1.1.6 Princípio da proporcionalidade.....	20
1.2 A interpretação sistemática dos princípios constitucionais	22
1.3 Inexistência de direitos absolutos	25
2 PODER EMPREGATÍCIO x DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1 Privacidade e intimidade em face do direito de propriedade.....	32
2.2 O poder empregatício sob a ótica constitucional.....	35
2.2.1 Faceta regulamentar.....	38
2.2.2 Faceta fiscalizatória	39
2.2.3 Faceta disciplinar	41
2.3 A eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares.....	42
3 O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO	50
3.1 O e-mail corporativo e a inviolabilidade de sigilo das correspondências	50
3.2 Monitoramento do e-mail corporativo: requisitos e legalidade da interceptação.....	57
3.3 A responsabilidade <i>in eligendo</i> como fundamento para a interceptação.....	62
3.4 A boa-fé objetiva e seus desdobramentos em relação ao monitoramento eletrônico	66
3.5 A indisponibilidade da privacidade e da intimidade no ambiente de trabalho.....	68
3.6 Proporcionalidade e razoabilidade para aferir a legitimidade do método de fiscalização	69
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho é um dos ramos de estudo das ciências sociais mais influenciados pelas revoluções tecnológicas, em meio à incorporação de novas ferramentas de trabalho que modificam sua forma de realização. O contato físico e direto entre empregado e empregador não é mais tão corriqueiro, principalmente em se tratando de grandes corporações, as quais adentraram na era virtual e passam a submeter-se a novos métodos de controle, fiscalização e produção.

A tecnologia, além de aperfeiçoar qualquer mecanismo de trabalho já existente, trouxe inúmeras novas concepções sobre o mercado, estreitando a relação entre os integrantes de grandes corporações, por garantir informações e conexões simultâneas para diversas pessoas e por aproximar a privacidade e o espaço comum.

O uso da internet no ambiente de trabalho passou a ser a principal ferramenta de comunicação e de repasse de diretrizes e demais referências atinentes à atividade empresarial. Nesse contexto é que se insere o e-mail corporativo, ferramenta dinâmica e, atualmente, essencial para a comunicação empresarial.

O conflito surge, entretanto, quando da necessidade das corporações controlarem o uso correto dos e-mails disponibilizados aos empregados. É justamente a falta de contato direto e um controle físico próximo, substituídos pelos meios virtuais, que pode levar ao controle ilimitado por parte dos empregadores.

Assim, indaga-se no presente trabalho se é permitido ao empregador monitorar o e-mail corporativo, diante de seu poder empregatício, fruto do direito de propriedade e então fiscalizar toda a atividade laboral. É preciso averiguar se a prerrogativa inerente à figura patronal é capaz de suprimir os direitos fundamentais a tal ponto que a fiscalização deve preceder à intimidade e à privacidade, bem como se o interesse patrimonial pode se sobrepor aos direitos dos empregados.

Ademais, pretende-se debater se o monitoramento eletrônico é constitucional, por ser um método de fiscalização que restringe a intimidade e a privacidade dos empregados, direitos fundamentais que o acompanham e carecem de tutela no âmbito laboral e somente em raras situações podem sofrer limitações.

A pesquisa inicia-se com a análise dos princípios constitucionais incidentes na relação de emprego, com ênfase para o megaprincípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, há o estudo dos princípios jurídicos e de sua importância para a ordem jurídica, bem como o apontamento daqueles mais impactantes e que viabilizam o presente debate. Aborda-se, além disso, a necessidade de se harmonizar o ordenamento, com base na interpretação sistemática dos princípios constitucionais, preceito este que remete ao último ponto abordado no primeiro capítulo, a inexistência de direitos e princípios absolutos, diante da impossibilidade de aplicação irrestrita de um interesse em face de outro.

Na sequência, parte-se para o estudo da intimidade e da privacidade, os principais direitos fundamentais dos empregados debatidos diante do problema proposto. Em contrapartida, analisa-se o direito de propriedade conferido ao empregador, o qual lhe garante o poder empregatício, prerrogativa que possibilita, no âmbito laboral, o poder de regulamentação, de fiscalização e de disciplina.

O fechamento do segundo capítulo refere-se diretamente ao poder empregatício exercido sob o viés constitucional para evitar desrespeito aos empregados e seus direitos, entretanto sem aniquilar o direito de propriedade. Nesse sentido, pondera-se como os empregados podem invocar a tutela dos direitos fundamentais diante dos empregadores e em que medida eles vinculam a relação entre os particulares.

Por conseguinte, o terceiro e último capítulo parte para o estudo acerca do monitoramento do e-mail corporativo, tecendo noções sobre seu significado e aplicabilidade da inviolabilidade do sigilo das correspondências. Ademais, elencam-se posições favoráveis e desfavoráveis ao monitoramento e também outros métodos eficazes de fiscalização.

Ao final, há a análise do tema proposto, verificando se o monitoramento do e-mail corporativo revela-se um procedimento de fiscalização inconstitucional por ferir direitos fundamentais ou é legítimo, diante do direito de propriedade e o consequente poder empregatício, inerente ao empregador.

O embate à questão do monitoramento do e-mail corporativo surgiu a partir da relevância social que o tema suscita e a necessidade de se tutelar, em todos os aspectos, os direitos fundamentais dos empregados no local de trabalho. A inexistência de regulamentação específica acerca da matéria e a facilidade do método debatido para se fiscalizar o trabalho prestado acendem novas perspectivas, propiciando melhor entendimento diante de um dos

ramos do Direito que mais solicita um olhar direcionado à efetivação dos direitos fundamentais.

É justamente diante do agigantamento das grandes corporações e o acesso rápido e irrestrito que possuem sobre quaisquer informações e dados atinentes às empresas que é preciso atenção especial à privacidade e à intimidade. Assim, é preciso analisar a constitucionalidade desse método de fiscalização, diante da incidência de interesses contrapostos e das circunstâncias que os envolvem.

No âmbito jurídico, o Direito do Trabalho visa efetivar os direitos fundamentais e sociais da forma mais ampla possível e, para concretizá-los, é preciso compatibilizar o poder patronal com o exercício laboral e buscar – se possível – a pacificação das relações e os atritos que ali se desenvolvem. A fiscalização rigorosa e sem limites em face do trabalhador é um dos males que abala essa relação, eis que a parte vulnerável acaba violada em seus direitos, não havendo proteção clara e eficiente nesse sentido.

Nas páginas seguintes apontam-se então elementos que possibilitam a resposta aos questionamentos suscitados, de forma a demonstrar a necessidade de um olhar constitucional acerca da questão e buscar a melhor solução possível, consagrando o respeito aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus alicerces na Constituição Federal.

O presente trabalho se desenvolve com base no método de abordagem dedutivo, partindo-se da generalização para uma questão particularizada. O método de procedimento de pesquisa é o bibliográfico, utilizando-se de obras específicas acerca do assunto, revistas jurídicas, livros, artigos científicos, artigos jurídicos eletrônicos e publicações em sites.

1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A busca pela pacificação dos conflitos estabelecidos no ambiente laboral está longe de findar. As mudanças e transformações ocorridas diariamente ensejam o repensar do direito sob uma nova ótica, com vistas a buscar a tutela máxima da proteção aos trabalhadores enquanto seres humanos, sendo que, nesse contexto, a chave de todo o sistema e a expressão mais alta de normatividade são os princípios.

A presença dos princípios nas Constituições contemporâneas demonstra a importância e preeminência que possuem no ordenamento, elencando-os como fundamento para toda ordem jurídica. Assim, é salutar a análise, desde sua definição até a atual importância e força normativa, bem como a invocação de alguns princípios constitucionais aplicáveis ao direito do trabalho, observando-os sistematicamente e de forma unificada, rastreando, por conseguinte, o caráter não absoluto que os reveste, apesar da importância para mensurar todos os conteúdos normativos do sistema.

1.1 Princípios: conceito e características

O Direito do Trabalho, assim como todas as demais searas jurídicas, não se rege, única e exclusivamente, apenas pelos textos legais, mas é também influenciado por princípios jurídicos, os quais se caracterizam como verdadeiros alicerces de todo o ordenamento, criando e aplicando o direito.

Primeiramente, faz-se necessária uma breve explanação acerca da noção e das características que abrangem os princípios e os seus desdobramentos. No entender de Maurício Godinho Delgado¹, os princípios traduzem a noção de proposições fundamentais, formadas na consciência das pessoas e também de grupos sociais, diante de fatos reais, que depois de ocorridos as formam e então se direcionam para ser o ponto de partida para compreender, reproduzir ou recriar a realidade vivenciada. Trata-se de elementos componentes da visão que se tem do mundo e que caracteriza os indivíduos e grupos sociais, resultando de práticas diárias que se repetem e sobre elas influem.

¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 171-172.

Assim, os princípios correspondem a proposições de um ideal a ser buscado e que é formado na consciência das pessoas, sendo produto social, originado no dia-a-dia e através de experiências vivenciadas e que, depois de completamente formados, direcionam-se para reproduzir e compreender aquela realidade que lhes originou.

Faz-se também necessário, percorrendo a trajetória, no âmbito do direito, do alcance do sentido de princípio, citar a conceituação formulada pela Corte Constitucional italiana, em uma de suas primeiras sentenças, em meados de 1956. A mesma afirma que para o ordenamento jurídico, os princípios seriam nada mais do que orientações e diretrizes, com intuito geral e fundamental, que resultem da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, as quais, em conjunto, surgem para formar, em certo momento histórico, as raízes do ordenamento como um todo.²

Paulo Bonavides³, ao observar a conceituação feita pela Corte italiana, revela que apesar de pontual, é omissa em um aspecto, o traço mais marcante do conceito atual de princípio, qual seja, a sua “normatividade”. É nesse sentido que o jurista italiano Ricardo Guastini⁴, buscando reunir jurisprudências e conceitos afins acerca do conceito de princípio, realizou verdadeira investigação doutrinária, recolhendo seis diferentes conceitos, tendo todos em comum aquele traço principal, a força normativa.

Em primeiro lugar, cita Guastini, princípio refere-se a normas ou disposições legislativas delas providas, as quais se caracterizam por um alto grau de generalidade; em segundo, refere-se a normas com alto grau de indeterminação, o que requer do jurista interpretação, para assim viabilizar sua concretização; em terceiro, refere-se a normas de caráter programático, ou seja, normas com eficácia limitada; em quarto, seria utilizado pelos juristas para referir-se a normas com posição hierárquica superior no Direito; em quinto, designa normas que desempenham uma função fundamental e essencial no sistema como um todo e, por último, designa normas dirigidas aos órgãos que irão aplicar a lei, escolher o dispositivo ou norma aplicável em casos diversos.⁵

A exposição de Guastini remete à fase pós-positivista, aquela correspondente aos grandes momentos constituintes ocorridos até então e que foram marcados pela hegemonia dos princípios no topo do pedestal jurídico. Desde sua concepção, os princípios jurídicos e

² BOBBIO apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 256-257.

³ Ibidem, p. 257.

⁴ GUASTINI apud BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, p. 257.

⁵ Ibidem, p. 257-258.

seus desdobramentos evoluíram notavelmente, deixando de ser apenas abstrata ou subsidiariamente utilizáveis e passaram a ter força cogente. Nesta nova fase, os princípios jurídicos acabam por ganhar força normativa superior e, ao ingressarem nas constituições, tornam-se a chave de todo o sistema normativo, governando a ordem jurídica e sendo o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.⁶

O jurista brasileiro Amauri Mascaro Nascimento⁷ completa sintetizando que os princípios possuem tríplice função: interpretativa, servindo como elemento de apoio; de elaboração, auxiliando o legislador na criação legal e, por último, de aplicação, na medida em que servem de base e são parâmetros no momento da sentença.

É justamente diante de uma análise conjunta desta tríplice função que é possível rastrear a normatividade dos princípios, eis que se caracterizam como realidades existentes no ordenamento jurídico, nele interiorizadas, revestindo-se de valores que o Direito reconhece, devendo as regras jurídicas aproximar-se dos princípios, para estes cumprirem seus fins.

O reconhecimento da normatividade dos princípios diante do constitucionalismo contemporâneo corrobora com a tendência irresistível que os eleva a normas-chave de todo o ordenamento, convertendo-se em “superfonte” e sendo o oxigênio das Constituições do pós-positivismo, garantindo a unidade de sentido e constatando a valoração de toda ordem normativa.⁸

Assim, a normatividade conferida aos princípios não é mais apenas subsidiária, passando a impor sua aplicação de forma imediata, como fonte primária do direito. A força normativa conferida hoje aos princípios não permite mais utilizá-los somente em casos excepcionais, ou seja, instrumento supletivo quando houver lacunas na lei. Na verdade ocorre justamente o contrário, na medida em que a lei que deve completar os mandamentos auferidos em cada princípio, estando eles previstos ou não em lei, sendo aplicáveis de forma cogente a todos os casos em concreto.⁹

Bonavides¹⁰ relembra que os princípios deixaram de ser uma fonte subsidiária de 3º grau nos Códigos para assumir o papel de fonte principal de normatividade, concretizando na ordem jurídica os valores que estão no ápice e sob os quais gravitam ao seu redor os direitos, garantias e competências de uma sociedade constitucional. Nesse sentido, afirma o autor:

⁶ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 288-289.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 341-342.

⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 286-287.

⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 14.

¹⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 289-290.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e de hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

A partir do entendimento de que os princípios são dotados de normatividade, parte-se para a consequência, na medida em que se considerando como norma jurídica, os princípios juntam-se às regras no rol das normas, a qual passa a ser espécie e as regras e princípios, gênero.

Conforme exposto, apesar de princípios e regras integrarem as normas jurídicas, ambos diferenciam-se em certos aspectos e, por outro lado, aproximam-se no momento de aplicação. Nesse sentido Robert Alexy¹¹ confere aspectos semelhantes aos princípios e regras, por entender que ambos situam-se, formal e materialmente, abaixo da conceituação da norma, trazendo à tona o dever ser, caracterizando-se pelas premissas de mandado, permissão e proibição.

Alexy prossegue afirmando que o ponto crucial em relação às diferenças entre regras e princípios está no fato de que os princípios são mandados de otimização, os quais estabelecem que, no caso concreto, as possibilidades reais e jurídicas irão estabelecer o grau e a medida de seu cumprimento, conforme os princípios e regras contrapostos na ocasião. As regras, por outro lado, não possuem essa flexibilidade, podendo ser cumpridas ou não; inexistente meio-termo, uma regra válida exige aplicação total, em seus termos exatos, eis que o molde fático jurídico já existe. Dessa forma, os princípios possuem alto grau de generalidade, enquanto as regras possuem um grau relativamente baixo de generalidade.¹²

Devido ao alto grau de generalidade dos princípios, bem como sua aplicação ser condicionada ao caso concreto e somente no caso concreto expressarem sua razão de existir, muitas vezes eles colidem. É nestes casos que os princípios diferenciam-se das regras com maior nitidez, uma vez que esta é aplicável ou não por completa em um caso e então traz

¹¹ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-98.

¹²Ibidem, p. 83.

consigo as consequências jurídicas que a caracterizam. Por outro lado, os princípios, ao colidirem, ensejam um juízo de valor, devendo um ser mais valorado que o outro, sendo que este último deve recuar sem que, necessariamente, seja inutilizado nos demais casos ou tido como nulo no ordenamento.

Os princípios devem ser analisados no caso concreto e passar por um processo de ponderação, ou seja, no momento em que dois princípios colidirem, deve-se considerar como solução a precedência condicionada, levando em conta o caso e indicando as condições abaixo das quais um princípio tem precedência em relação ao outro, visto que ambos permanecem válidos e terão influência na decisão dos bens jurídicos contrapostos.

As regras, por sua vez, ao conflitarem, passam por um juízo de validade e estão a tal ponto incompatível que, nos dizeres de Alexy¹³, somente pode o conflito ser resolvido se uma cláusula de exceção, que o remova, for introduzida numa regra ou pelo menos uma delas for declarada nula.

A breve conceituação e diferenciação entre as regras e os princípios e a solução para os conflitos entre regras e para a colisão entre princípios será de suma importância para o tema proposta neste trabalho. A batalha que se estabelece entre empregado e empregador afronta e, ao mesmo tempo, põe em conflito diversos princípios e também direitos fundamentais, os quais são tratados como princípios no ordenamento jurídico pátrio, em especial o da dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, sem deixar de mencionar outros, também essenciais e que serão enfatizados, entre eles a privacidade, a intimidade e o valor social do trabalho.

É nesse contexto que para viabilizar a análise dos conflitos presentes neste trabalho será preciso uma análise de alguns princípios gerais, aplicáveis ao direito do trabalho e, em específico, ao tema proposto. A necessidade de compreender os princípios surge a partir da constatação de sua força normativa e posição hierárquica superior dentro das normas. Já a solução de conflitos, que é a razão de existir do Direito, é justamente possibilitada pela análise e interpretação dos princípios jurídicos e seus desdobramentos, os quais acompanham e protegem os indivíduos diante dos conflitos criados no âmbito laboral.

¹³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 88.

1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III¹⁴, elenca um de seus fundamentos, o qual é, indubitavelmente, o norteador de todos os demais princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana. Tal fundamento encontra-se não somente positivado nas legislações nacionais, mas também em diversos tratados internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos.

A busca por um conceito definitivo em relação à dignidade da pessoa humana é uma tarefa que se perpetua no tempo, devido à complexidade e grandiosidade do princípio. O certo é, porém, que se trata de um valor soberano e em constante evolução.

Rizzatto Nunes¹⁵ afirma que apesar de difícil conceituação, a dignidade da pessoa humana é um valor preenchido a priori, isto é, o ser humano a possui pelo simples fato de ser pessoa. Se, por um lado, não é possível fixar um sentido único para a dignidade da pessoa humana, por outro não quer dizer que ela possa ser violada. Ainda que inexista definição, a sua violação, quando ocorre, é visível, na medida em que se considera a garantia primária de todas as pessoas.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, por sua vez, esclarece que a dignidade da pessoa humana conceitua-se em:

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

Sarlet¹⁷, lembrando ainda os ensinamentos de Immanuel Kant, refere-se à dignidade da pessoa humana como parte da autonomia ética do ser humano, tendo ela como o

¹⁴ Art. 1. 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.

¹⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25-26.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

fundamento da dignidade dos homens. Tal fato, segundo o autor, não permite ao ser humano ser tratado como objeto nem por ele mesmo, pois o homem existe como um fim em si mesmo e não como um meio para realizar uma ou outra vontade. Na verdade, toda ação do homem, seja para consigo ou para com os demais seres humanos, deve-se voltar sempre para o homem como um fim, limitando assim todo arbítrio que o afete.

Alexandre de Moraes¹⁸ entende que todo estatuto jurídico deve assegurar a dignidade da pessoa humana como um mínimo invulnerável, somente comportando limitações e restrições em casos excepcionais, sem menosprezar a necessária estima que todo homem possui enquanto ser humano.

Ademais, por se tratar de cláusula pétrea, conforme o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal¹⁹, é inalienável e irrenunciável, sendo limite ao poder interventor do Estado em relação à autonomia das pessoas. Além disso, determina a proteção da dignidade humana por parte do poder estatal em face de abusos dele mesmo e da sociedade, elencando o indivíduo e sua dignidade, intrínseca a ele, como o objeto principal da ordem jurídica vigente.

Sarlet²⁰ sustenta que, ao se considerar a dignidade como qualidade intrínseca do ser humano, este argumento já é suficiente para qualificá-lo como tal, não podendo esse mínimo invulnerável ser destacado, do mesmo modo que não se admite uma pessoa ser titular de uma pretensão em que lhe seja concedida a dignidade.

É justamente este aspecto intrínseco que revela a impossibilidade de desvincular a dignidade do ser humano. Todos os seres humanos, indistintamente, diante de sua simples existência, já devem ter garantido um grau de proteção contra qualquer arbítrio. Portanto, Luís Roberto Barroso²¹ afirma que:

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 48.

¹⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17-18.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérulo da. **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relacionasse tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

Assim, a dignidade da pessoa humana estabelece e garante um mínimo de proteção e autonomia de todas as pessoas perante o Poder Público e os particulares. Entretanto, a mesma impõe também a satisfação de condições mínimas para que o ser humano possa viver e desenvolver-se. Busca-se dessa maneira uma base mínima, porém sólida, de direitos fundamentais para todos os seres humanos, compreendidos não isoladamente e sim em uma sociedade em constante relação com os demais.²²

1.1.2 Princípio do valor social do trabalho

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º, IV, primeira parte²³, outro fundamento da República, o valor social do trabalho, eis que o labor humano valorizado é também um fundamento da ordem econômica²⁴, não servindo apenas como elemento de produção de bens ou geração de riqueza, mas sim de algo que dignifique o ser humano, além de lhe garantir o sustento. É preciso valorar o trabalho para chegar ao fim maior, a dignidade da pessoa humana.

Ipojucan Demétrius Vecchi²⁵ refere-se à valorização do trabalho como um valor fundamental, um pilar para o desenvolvimento social, não apenas do ponto de vista econômico, mas também do ponto de vista ético, uma vez que o trabalho deve gerar sim riquezas, mas também auxiliar no desenvolvimento da personalidade do ser humano, para que possa, enfim, expressar sua individualidade e contribuir socialmente.

O trabalho passou a desempenhar um papel fundamental na vida das pessoas, deixando de ser apenas a atividade de trabalhar, para transformar-se na forma de realização do

²² VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009, p. 289-290.

²³ Art. 1. 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: [...]; IV – o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

²⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

²⁵ VECCHI, op. cit., p. 291-292.

homem. A partir do trabalho, o homem passou a manter sua vida e desenvolver-se como ser humano, potencializando habilidades e participando da sociedade. É no trabalho que o homem busca uma vida com dignidade e é por isso que não se dispensa apenas trabalhar, mas trabalhar em condições dignas.²⁶

1.1.3 Princípio da livre iniciativa

A livre iniciativa, princípio esculpido constitucionalmente, presente nos artigos 1.º, IV²⁷ e art. 170²⁸, remete à ideia da autonomia privada do homem para realizar e conformar a atividade econômica. O Estado passa a ser mais regulador, deixando aos privados a liberdade de escolha para com o ramo de negócio que querem atuar e qual será o meio de produção.²⁹

Na ótica constitucional, é impossível pensar na ordem econômica sem considerar a livre iniciativa, que, embora fortemente criticada por propiciar abusos de poder econômico, preza pela liberdade, garantindo oportunidade e crescimento socioeconômico aos países.

Ocorre que a autonomia privada, apesar da própria nomenclatura, não pode ser entendida como liberdade plena de contratar, mas sim liberdade que esteja em consonância com os demais princípios e regras que a limitam, sendo que é justificável sua proteção enquanto estiver sendo cumprida a função social. Assim, a ordem econômica visa a tutela da autonomia, desde que se busque também a existência digna, através da redução de desigualdades, sempre respeitando os ditames da justiça social.³⁰

²⁶ FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Direito do trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH Editora, 2006, p. 104.

²⁷ Art. 1. 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: [...]; IV – o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

²⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 466.

³⁰ VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p. 294-296.

1.1.4 Princípio da boa-fé objetiva

Preceitua Carmen Camino³¹ que o Direito do Trabalho originou-se do Direito Civil, sendo hoje ramo autônomo devido à sua complexidade, combinado com a homogeneidade da doutrina e com a forma sistemática como as normas estão dispostas, inclusive inseridas na Constituição Federal e, principalmente, pela disparidade encontrada entre empregado e empregador no decorrer do contrato de trabalho.

Se por um lado o Direito do Trabalho mostra-se autônomo, por outro requer fundamentos e regras provenientes do Direito Privado, principalmente no tocante ao contrato de trabalho, por ser este o instrumento hábil a vincular as partes. É neste sentido que a boa-fé objetiva deve compor essa relação, desde sua concepção, norteando as partes antes, durante e após a prestação laboral, até o fim do contrato de trabalho.

A boa-fé objetiva nada mais é do que a adoção de um de agir diligente em face do outro, sendo que a norma de conduta exige das partes componentes da relação de direito a manutenção do respeito, lealdade e cooperação mútua, acarretando um número maior de direitos e deveres às partes, do que a princípio pensam elas estar vinculadas.³²

O princípio da boa-fé objetiva, assim como os demais princípios jurídicos, desempenha inúmeras funções, como a função interpretativa, integradora e de controle.³³

A primeira refere-se ao fato de que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, na medida em que se interpreta um negócio jurídico de acordo com seu sentido aparente, a menos que uma das partes conheça a vontade real da outra ou quando deveria conhecer, caso tivesse diligência ao agir. Ademais, caso o sentido aparente do negócio firmado suscite dúvidas, adota-se o mais razoável, segundo o entendimento da boa-fé.³⁴

Já a função integradora estabelece que as partes estejam incumbidas de agir com lealdade e confiança não somente em relação ao que já estiver pactuado e previamente previsto, mas sim observar também outros deveres de conduta, a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica. Deve-se respeitar, portanto, os chamados deveres acessórios de conduta, que nada mais são do que aqueles deveres, que não os principais ou

³¹ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 59.

³² VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p. 302-303.

³³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152.

³⁴ *Ibidem*.

acessórios, os quais asseguram que nenhuma das partes sofrerá prejuízos diante do agir da outra parte.³⁵

Os deveres acessórios de conduta, por sua vez, subdividem-se em deveres de proteção (ambas as partes, durante a vigência de um negócio jurídico, devem evitar danos mútuos), de esclarecimento (as partes devem abertamente informar uma a outra sobre os aspectos, ocorrências e efeitos que o vínculo que as une pode causar) e de lealdade (ambos devem abster-se de comportamentos que causem prejuízo à outra parte).³⁶

Por último, a função de controle garante que as partes, no exercício de seus direitos, não excedam os limites impostos pela boa-fé objetiva, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade.³⁷

1.1.5 Princípio da razoabilidade

Precipualemente é preciso registrar que, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade é auferido implicitamente em diversos trechos constitucionais, como vem reconhecendo a jurisprudência brasileira nos últimos anos.

Helenílson Cunha Pontes³⁸ destaca que a razoabilidade manifesta-se no devido processo legal, mas com esse não se confunde, sendo que sua função será a de interpretação para impedir a consumação de atos, fatos e comportamentos inaceitáveis e absurdos, constituindo uma exigência de todos os princípios e garantias que, de forma autônoma, estão asseguradas pela ordem constitucional pátria.

Vecchi³⁹ conclui que a razoabilidade traz em si um limite que não deve ser ultrapassado, sob pena de certa medida adotada tornar-se insustentável, irracional, imoderada e ilegítima, considerando os valores seguidos em determinada sociedade e que, se contrariados, tornariam tal medida inaceitável.

³⁵ NORONHA. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 157-162.

³⁶ MENEZES apud VECCHI, **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**, p. 305-306.

³⁷ NORONHA. *op. cit.*, p. 167.

³⁸ PONTES, Helenílson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 83.

³⁹ VECCHI. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**, p. 317-318.

1.1.6 Princípio da proporcionalidade

Assim como a razoabilidade, o princípio da proporcionalidade não é encontrado expressamente na Constituição Federal, entretanto não deixa de ter status de princípio constitucional. É pelo fato da ordem jurídica brasileira ter a Constituição Federal no ápice de seu ordenamento que o princípio da proporcionalidade deve ser seu corolário, e é justamente essa supremacia constitucional que serve de partida para o entendimento e a aplicabilidade da proporcionalidade.

Cunha Pontes⁴⁰, defendendo a posição de que esta supremacia da Constituição Federal no ordenamento é o fundamento da defesa da proporcionalidade como princípio de índole máxima e constitucional, compreende-o, com propriedade, da seguinte maneira:

O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).

Willis Santiago Guerra Filho⁴¹, em posição divergente, consagra que não há necessidade de derivar o princípio da proporcionalidade de qualquer outro, sustentando que o constituinte, ao optar pelo Estado Democrático de Direito, consubstanciado em objetivos que irão conflitar, necessita da adoção de um princípio que regule os conflitos na aplicação dos demais e que, ao mesmo tempo, proteja aqueles direitos.

Conforme leciona grande parte da doutrina, a proporcionalidade somente é auferida no caso concreto se houver relação entre um meio e um fim; do contrário, não haverá referenciais para a verificação. Diante dessa relação de meio e fim, Paulo Bonavides⁴² relembra que o princípio da proporcionalidade exige adequação entre os fins buscados e os meios empregados para alcançá-los, colocando frente-a-frente o fim e o fundamento da intervenção ocorrida e os seus efeitos, sempre observando se houve excessos ou não.

⁴⁰ PONTES, **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**, p. 51.

⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 84.

⁴² BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, p. 393.

Bonavides⁴³ conjuga a proporcionalidade em três elementos ou subprincípios que o compõe. O primeiro elemento seria a adequação, que se consubstancia na pertinência do meio utilizado, sendo que este deve ser adequando ao meio que se intenta alcançar, deve ser apto a levar ao fim desejado.

Em seguida, é preciso averiguar a necessidade do meio utilizado, o segundo elemento da proporcionalidade. A medida não deve exceder os limites indispensáveis à conservação do fim a que se destina e, para ser legítima, deve ser necessária e causar o mínimo de dano aos interesses contrapostos.⁴⁴

Por último, o terceiro elemento caracterizador da proporcionalidade é a proporcionalidade considerada em sentido estrito. Tal elemento refere-se à escolha que será feita, sendo que o meio a ser utilizado deve ser aquele que, após uma análise, levou mais em conta os interesses que estão em jogo, ponderando, como ensina Vecchi⁴⁵, se as vantagens obtidas com a limitação de um direito ou princípio serão superiores às desvantagens proporcionadas. Se a resposta for afirmativa, será justo e razoável que um interesse prevaleça sobre outro.

É diante da complexa e desigual relação estabelecida entre empregado e empregador que se requer, desde o início da relação empregatícia, constantes verificações acerca dos meios utilizados pelos empregadores, almejando sempre a análise da proporcionalidade de tal medida e se é justificável ferir direitos fundamentais e relativizar certos princípios constitucionais.

De fato, como já referido, os princípios são o elemento chave de todo o sistema jurídico e, portanto, devem nortear a aplicação do direito no ordenamento como um todo. A normatividade conferida aos princípios impõe ao intérprete e aos sujeitos em uma relação, a observância dos princípios de forma unificada, dando sentido ao Direito, na medida em que as normas em geral e os direitos por elas tutelados buscam em comum o desenvolvimento integral da pessoa humana.

Dessa forma, é através da interpretação do ramo jurídico de forma conjunta, interligando princípios e as demais fontes, que se busca a efetivação máxima dos direitos, garantias e competências de uma sociedade.

⁴³ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 396-397.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 397.

⁴⁵ VECCHI, *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*, p. 323.

1.2 A interpretação sistemática dos princípios constitucionais

Já dizia Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶ que, no Direito, nunca se pode dispensar a interpretação dos textos legais, no sistema da própria ordem jurídica positiva, em consonância com os princípios e garantias constitucionais e, sobretudo, à luz dos valores aceitos socialmente. Tal entendimento reflete-se na interpretação sistemática do ordenamento jurídico e, diante da problemática proposta, à interpretação dos princípios constitucionais.

Conforme já exposto, os vários princípios constitucionais aplicáveis ao direito do trabalho podem muitas vezes colidir entre si e, dessa forma, será preciso ponderar e determinar qual prevalecerá. Entretanto, nenhum princípio pode ser analisado isoladamente, devendo haver uma interpretação sistemática constitucional, observando-a e interpretando-a de forma una.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 1.º, ao elencar os fundamentos que a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, irá fundar-se, já traz, em seu inciso III, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e, logo em seguida, no inciso IV, a livre iniciativa. Mais adiante, ao tratar da Ordem Econômica Financeira, novamente a Constituição Federal, em seu artigo 170, “caput”, traz como fundamento da atividade financeira a livre iniciativa e ainda a observância da propriedade privada, no inciso II do referido artigo.

Os apontamentos acima são essenciais para a verificação de que o legislador, ao conceber o trabalho humano em conjunto com a livre iniciativa, procurou harmonizar a ideia de que o livre exercício empresarial, o empreendedorismo, os meios de produção e a valorização do trabalho humano devem estar sempre interligados, possibilitando e garantindo a observância da dignidade da pessoa humana enquanto empregado.⁴⁷

É inegável que nossa Carta Magna possui um predominante cunho social e, como tal, amplia o campo, seja legal ou principiológico, no que diz respeito à proteção dos trabalhadores brasileiros.⁴⁸ Entretanto, a própria Constituição Federal, como já citado, em seu artigo 1.º, ao elencar, lado-a-lado, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa e, no artigo 170, novamente, a livre iniciativa ao lado da valorização do trabalho humano, configura

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 295.

⁴⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 98.

⁴⁸ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 62.

o Brasil como um país capitalista, mas com a garantia de que todos que laboram neste sistema terão uma vida digna.

Eros Roberto Grau⁴⁹, no mesmo sentido, defende que a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho devem interagir com os demais princípios constitucionais, por expressarem prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica e portanto, sua realização deve ser prioridade em relação aos demais princípios que regem a economia. Assim, busca-se o princípio-fim da dignidade da pessoa humana, irradiado pelo trabalho de modo valorizado.

Sendo assim, o legislador quis que a dignidade da pessoa humana viesse sempre como balizador dos demais princípios e fins a que se propõe a lei maior. A incidência da dignidade não é com o objetivo de limitar os demais princípios, mas sim servir de um norte, sempre priorizando e promovendo a justiça social.

Ora, se a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa e a propriedade privada estão assim protegidas, deve-se atentar que, apesar de fundamento constitucional, o indivíduo e sua dignidade não são absolutos, assim como as garantias a ele inerentes. Por conseguinte, os preceitos relativos à livre iniciativa também devem ser balizados por todos os demais princípios garantidores da justiça social e seu fim maior, a vida digna, pois igualmente trata-se de direito exercido com restrições e também não se mostra intransponível, sendo que, em caso de conflito entre os princípios, o caso concreto demonstrará qual deve prevalecer.

Sarlet⁵⁰, ao referir-se à colisão de princípios constitucionais e sua resolução, afirma que no processo de ponderação não há atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas há na verdade a tentativa de aplicar, simultaneamente e de forma compatibilizada, as normas colidentes, ainda que o caso concreto exija a atenuação de uma delas.

O objetivo de compatibilizar as normas no ordenamento surge da necessidade de se visualizar o sistema jurídico como um todo, até porque na incidência de um conflito entre princípios, ambos continuam a integrar o conjunto, do qual são inseparáveis. A interpretação, portanto, deve ser harmonizada através de uma visão geral da Constituição Federal e seus preceitos.

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Ajuris 66, 1996, p. 121.

A própria interpretação sistemática é conhecida pela doutrina como um princípio, sendo que serviria como ponto de partida para a interpretação constitucional. Trata-se do princípio da unidade da Constituição, o qual estabelece ao intérprete a busca pela harmonia das tensões e contradições entre normas, tendo como vetor os direitos e garantias fundamentais. Assim, busca-se evitar a chamada antinomia normativa, como consagra Gilberto Bercovici⁵¹: “(...) uma norma constitucional isolada não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional.”

Como já dito, a Constituição Federal é una e indivisível, devendo suas normas ser interpretadas de forma harmônica, assegurando a unicidade do corpo constitucional e, conseqüentemente, a efetividade máxima de suas normas, as quais revelam a interdependência dos elementos previstos na Constituição.

Canotilho⁵² leciona neste sentido, promovendo ao princípio da unidade significado semelhante, sustentando que “a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão (...) existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Por fim, diante da excelência do desenvolvimento acerca do referido princípio, é de extrema valia a interpretação dada por Luís Roberto Barroso⁵³, nos seguintes termos:

O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna.’ Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. (...) Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.

⁵¹ BERCOVICI, Gilberto. **O princípio da unidade da Constituição**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 37 n. 145, jan/mar 2000, p. 95-99.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 162.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 147.

Demonstrado, então, que ao interpretar qualquer princípio constitucional e, em especial, os ligados ao direito do trabalho, deve-se ter uma visão geral e sistemática de todo conjunto de normas que influenciam determinado caso, observa-se que, independentemente de qual direito fundamental está em questão, a prevalência, por excelência, será a da dignidade da pessoa humana. Assim, ao mesmo tempo em que se rege como capitalista, o Estado é focado e liderado pela busca do trabalho digno.

Na medida em que se preconiza a interpretação do sistema de forma unitária e sistemática, surge a necessidade de se avaliar o grau de aplicação dos princípios, pois se observados em conjunto, interligando seus sentidos, não há que se falar em princípios aplicados indistintamente, de forma absoluta e sem nenhuma limitação. Observa-se que a própria normatividade que os caracteriza, revela que aos princípios aplica-se a ponderação, deixando claro que não há uma prevalência absoluta diante de qualquer situação e que o caso em concreto que revelará a medida de sua aplicabilidade.

1.3 Inexistência de direitos absolutos

Os princípios constitucionais até então expostos, os quais tutelam, na verdade, direitos fundamentais, são reconhecidos por unanimidade como núcleo de todo ordenamento e em seu entorno gravitam as demais peculiaridades inerentes ao sistema jurídico. Esta constatação não gera dúvidas e, como já referido, tem em toda Constituição Federal diversas passagens que a corroboram.

Entretanto, mesmo diante da proteção e dimensão que conferem os princípios constitucionais aos direitos dos homens, surge situações em que se mostra necessária a ponderação de um em relação ao outro, como já exposto quando da análise do conflito de princípios, fazendo surgir questionamentos acerca da existência ou não de direitos absolutos, se existem e podem ser assim considerados, direitos e princípios que devem prevalecer em qualquer situação e diante de qualquer conflito.

Destarte, é importante frisar que nossa Constituição Federal, datada de 1988, é a mais justa e igualitária de todos os tempos no ordenamento brasileiro. Todavia, diante da incidência da isonomia formal, materializada no art. 5.º, “caput”, da Carta Magna, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, acaba-se tendo uma ideia de que os direitos são absolutamente protegidos.

É possível corroborar esta ideia ao observar que, no tocante ao Processo Legislativo, a Constituição Federal garante aos direitos e garantias individuais o status de cláusula pétrea, em seu art. 60, §4º, que dispõe que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV: os direitos e garantias individuais.” Aqui, na verdade, o objetivo do legislador foi harmonizar a convivência social, proibindo alterações de qualquer natureza em relação aos direitos referidos.

Por outro lado, é através da leitura do texto constitucional que se verifica casos em que o Estado limitou alguns direitos tutelados pelo próprio legislador. É o caso, exemplificativo, da previsão da pena de morte, em caso de guerra declarada, no art. 5.º, XLVII, dispondo que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX [...]”. Esta exceção demonstra que até o direito à vida, que merece, sem dúvidas, a tutela máxima de todo ordenamento democrático e voltado à justiça social, como ocorre no Brasil, comporta exceções e compreende, inclusive, a possibilidade de pena de morte. O objetivo do legislador foi, na verdade, manter a harmonia social e solucionar conflitos entre normas vigentes, pois, de fato, sempre uma será ponderada em favor de outra⁵⁴.

Estabelecido esses parâmetros em relação à necessidade de harmonizar os princípios constitucionais e que, mesmo no topo da ordem jurídica vigente, é preciso destacá-los e analisá-los, por mostrarem-se essenciais à compatibilização das relações estabelecidas entre empregado e empregador, passa-se a verificar aqueles que mais demonstram ligação com o tema tratado.

Para facilitar o entendimento, é importante referir a posição de Sarlet⁵⁵ que, de forma geral, refere-se aos princípios em si como não absolutos, tendo como base a própria razão e definição de ordem lógica, de que tal condição, a de absoluto, contradiz a própria essência dos princípios e sua estrutura normativa, constituindo-se, se assim considerados, em verdadeira *contradictio in terminis*. Sarlet conclui que princípios absolutos ou não são princípios ou são outra coisa, senão a que habitualmente se tem considerado.

⁵⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 78.

Um dos princípios constitucionais que merece destaque e análise em relação à sua aplicação e prevalência absoluta é o da dignidade da pessoa humana. Embora já conceituado, este princípio, que é a referência para a plena fruição dos demais princípios e direitos fundamentais, conforme expõe Cunha Júnior⁵⁶, merece ser novamente preconizado.

Novelino⁵⁷ cita a dignidade de pessoa humana não como um direito, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. Afirma ainda que o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem como obrigação e função principal a proteção contra qualquer tipo de violação que ela possa sofrer.

Sendo a dignidade da pessoa humana, além de um tributo, um dos fundamentos da República, elencada como tal por ser um dos valores centrais do Direito, preservando todos os demais direitos fundamentais, bem como por ser o alicerce dos demais princípios constitucionais, indaga-se se poderia a dignidade ser mitigada ou relativizada.

Flávia Piovesan⁵⁸, nesse sentido, defende que, por ser o princípio matriz da Constituição Federal e imprimir-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das normas magnas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, o cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça, dos valores éticos e posicionando-se como suporte axiológico para toda a sistemática jurisdicional, a dignidade da pessoa humana seria o ponto de saída e o ponto de chegada de toda interpretação e aplicação constitucional.

Diante de tais sustentações, é possível classificar e interpretar a dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto e intransponível de qualquer relativização?

Alexandre de Moraes⁵⁹ sustenta que a dignidade da pessoa humana constitui-se no mínimo invulnerável e que deve estar presente em todo estatuto jurídico, podendo excepcionalmente, sofrer limitações, mas que mesmo nessas situações, deve-se manter a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Gilmar Ferreira Mendes⁶⁰, seguindo a mesma linha de Alexandre de Moraes, ao citar trechos da obra de Robert Alexy, refere que o princípio da dignidade da pessoa humana

⁵⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 349-395.

⁵⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008, p. 210.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 167.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

comporta graus de realização e que o fato de que, sob certas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, não lhe confere caráter absoluto, mas sim significa que praticamente não há casos em que, devido a razões jurídico-constitucionais, não se deixe conduzir para uma relação de ponderação em favor da dignidade da pessoa humana.

Tais afirmações dizem respeito à impossibilidade de afirmar que a dignidade da pessoa humana deve sempre ser elevada à caráter absoluto ou em que casos ela deve preponderar, devido ao fato de que somente o caso concreto mostrará. Eis que, como preconiza Barroso⁶¹, "não será no esquema do 'tudo ou nada', mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou situações de fato".

Conclui-se, então, que a dignidade da pessoa humana está em uma topografia constitucional superior aos demais princípios constitucionais, mas não se reveste de prevalência absoluta. Neste sentido, é preciso certo cuidado, tendo em vista que nos casos em que ponderada, a dignidade não é deixada de lado e, como saliente Sarlet⁶², "não há como transigir no que tange à preservação de sua essência, já que sem dignidade o ser humano estaria renunciando à própria humanidade."

Portanto o caso concreto é que demonstrará qual princípio irá preponderar, sendo relevante frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana não será em todos os casos absoluto, mas que a atenção à dignidade humana deve sempre existir, pois esta se revela absolutamente indissociável da condição de ser humano.

Além da dignidade da pessoa humana, outro princípio essencial e que serve de referência para elucidar o presente tema é a livre iniciativa, em conjunto com a propriedade privada.

Primeiramente, é preciso referir que tal princípio objetiva a justiça social e, com esta, a dignidade humana. Portanto, não há que se falar em princípios da atividade econômica sem levar em consideração os demais princípios constitucionais e os direitos e garantias inerentes àqueles.

Com base na assertiva acima é que novamente salienta-se a aplicação absoluta dos princípios constitucionais. De fato, uma interpretação lógica remete à ideia de que se a dignidade da pessoa humana, pilar e influência dos demais princípios, não tem incidência

⁶¹ BARROSO, **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 352.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 112.

absoluta, os princípios da ordem econômica, apesar de fundamentos da República, juntamente com a dignidade da pessoa humana, também não podem ser considerados absolutos. Entretanto, é preciso analisar como se procede diante do conflito entre um princípio da ordem econômica e demais princípios constitucionais.

As referências constitucionais à livre iniciativa introduzem um modelo econômico baseado na liberdade de iniciativa e constituindo a base sobre a qual se constrói a ordem econômica, cabendo ao Estado apenas uma função supletiva, tanto no que diz respeito à livre escolha de contratação de bens e serviços e dos meios de produção, quanto à exploração da atividade econômica, que se dará de forma estatal somente em casos específicos.

Entretanto, o próprio artigo 170 da Constituição Federal, ao dispor sobre a livre iniciativa, elenca vários princípios que ordenam a atividade econômica e acabam também por restringi-la, impondo diversos deveres e também limitações, como a função social da propriedade (III), a defesa do consumidor (V) e a defesa do meio ambiente (VI).

José Afonso Silva⁶³, ao tratar do tema, ensina que a livre iniciativa, em um contexto de uma Constituição Federal, como é o caso do Brasil, preocupada com a realização da justiça social, não pode significar mais do que a liberdade de desenvolvimento dentro do que foi estabelecido pelo Poder Público e a ordem legal e, por conseguinte, a possibilidade de gozar das facilidades de submeter-se às limitações postas pelo Estado. Para finalizar, aduz que a livre iniciativa se revela legítima enquanto exercida no interesse da justiça social. Por outro lado, será ilegítima a partir do momento em que exercida com o objetivo único de lucro e realização pessoal do empregador.

Fabiane Lopes Bueno Bessa⁶⁴ discorre sobre a supremacia da dignidade da pessoa humana em relação à simples perseguição econômica, afirmando que no confronto entre princípios-meio, como a livre iniciativa e a propriedade privada, e princípios-fim, como a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a função social da propriedade, prevalecem os últimos, inclusive por significarem uma perspectiva de compromisso com as futuras gerações, as quais podem manter a expectativa de encontrar um sistema mais voltado à dignidade da pessoa humana e aos alicerces por ela estabelecidos.

Pode-se entender, diante das ideias acima expostas, que a livre iniciativa não tem caráter de princípio absoluto, mas somente deve ser exercido de acordo com a valorização do

⁶³ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

⁶⁴ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 48.

trabalho e assim assegurar a dignidade da pessoa humana. Da mesma maneira, a propriedade privada também impõe limites, devendo ser exercida em face de sua função social e de acordo com os ditames da justiça social.

É possível elencar a livre iniciativa como tributo inalienável, ao lado da dignidade da pessoa humana, por permitir ao ser humano a expansão de sua própria criatividade, unir-se com outros para viabilizar um objetivo em comum e ainda fazer parte da construção da riqueza de sua nação sem necessariamente estar alienado.⁶⁵ Entretanto, só se legitima a livre iniciativa diante da observância dos demais preceitos constitucionais, como assevera Dinaura Gomes⁶⁶:

Com efeito, a Lei Maior proclama, no art. 1º, inc. IV, o valor do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, e, no art. 170 *caput*, estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano. Assim, ao ser também elencada como um dos fundamentos da República, a livre iniciativa é tomada singelamente, ao passo que o trabalho é visto de modo valorizado, como irradiação da própria dignidade humana.

Nesse contexto, a empresa deve ser considerada efetivamente como organização de pessoas para um fim comum. Com essa percepção, torna-se mais viável o pleno exercício da Democracia, no âmbito dessas organizações produtivas, cujo apelo advém das forças mais profundas a modelarem a sociedade global, em busca da autonomia individual e da emergência de uma cidadania mais reflexiva. As empresas assim estruturadas podem muito bem agir em parceria com o Estado, fomentando e fortalecendo diferentes formas de solidariedade.

Percebe-se que o conflito estabelecido entre a livre iniciativa e demais princípios constitucionais deve ser resolvido aplicando-se o juízo de ponderação, observando, no caso concreto, qual dos valores em jogo deve preponderar e qual a medida de sua limitação, sendo que o intento final mostra-se sempre voltado à concretização da justiça social e seus desdobramentos.

A própria interpretação una da Constituição Federal, através do princípio da unidade constitucional, revela que não é possível interpretar o sistema jurídico de forma individual, diante do fato de ser um conjunto indissociável. Os valores tutelados podem e devem ser ponderados diante de aparente conflito, entretanto não é a ponderação, verificada em certo caso, que pode elevar um princípio a patamar absoluto.

⁶⁵ FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1990, p. 77.

⁶⁶ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005, p. 145.

A prioridade a ser tutelada é a dignidade da pessoa humana, não por ser absoluta e sim intrínseca a todos os seres humanos e, portanto, não podendo ser afastada em nenhuma situação.

A preponderância da dignidade é justamente conferida por ser o instrumento hábil para interpretar e aplicar os demais preceitos constitucionais e ser o elemento que garante a unidade de sentido e legitimidade da ordem jurídica, principalmente em se tratando de Estado democrático de direito. Nesse sentido, sustenta Sérgio Alves Gomes⁶⁷, ao elencar como paradigma estatal a defesa da dignidade, a qual é reconhecida em cada indivíduo, no âmbito da democracia. Além disso, o mesmo refere que o reconhecimento da dignidade é a razão maior para a existência do próprio Estado e é o que justifica a defesa e a concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

⁶⁷ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional**: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 315.

2. PODER EMPREGATÍCIO x DIREITOS FUNDAMENTAIS

A conflituosa relação estabelecida entre os direitos fundamentais dos empregados e as políticas da livre-empresa, representada pelo poder empregatício, contrapõe a proteção aos direitos fundamentais do empregado e a faculdade conferida ao empregador para determinar, fiscalizar e punir em todas as fases do processo laboral. A contenda, porém, exige uma abordagem crítica, definindo o poder empregatício, suas facetas e sob quais circunstâncias ele torna-se abusivo e fere os direitos fundamentais.

Ademais, a análise da eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares é que permite verificar o limite do poder empregatício e a maneira com que podem os trabalhadores invocá-los perante o agigantamento das empresas privadas e suas políticas de emprego.

2.1 Privacidade e intimidade em face do direito de propriedade

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, X, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A privacidade e a intimidade estão no rol dos direitos fundamentais e, conforme Arion Sayão Romita⁶⁸, esses direitos são os que, em certo momento da história, embasados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, solidariedade, igualdade, justiça e cidadania.

Canotilho⁶⁹, por sua vez, caracteriza os direitos fundamentais como essenciais em relação ao desenvolvimento da dignidade humana, concretizados na incorporação à ordem jurídica, através da positivação daqueles direitos considerados inalienáveis e naturais do indivíduo. Trata-se dos direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar⁷⁰ assinala a relação com a condição de ser humano, tanto no que tange à própria pessoa e também a suas projeções na sociedade,

⁶⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 45.

⁶⁹ CANOTILHO, **Direito Constitucional**, p. 517.

⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 1.

existentes e tutelados pelo ordenamento para defender valores inatos ao homem, como a própria vida, a integridade física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. Esses valores, assim tutelados, expressam um caráter normativo extremo em cada Estado, limitando todo o exercício do poder diante dos indivíduos.

Diante da noção dos direitos fundamentais, é preciso agora analisar aqueles direitos que incidem e devem ser preservados na relação de emprego, eis que assim como os direitos fundamentais, a relação empregatícia também deve pautar-se na defesa da dignidade da pessoa humana. Tem-se então, que no trato cotidiano da prestação de trabalho, a contenda envolvendo os direitos fundamentais e o poder conferido aos empregadores põe frente a frente situações em que a intimidade e privacidade dos trabalhadores acabam por sofrer restrições.

De fato, tanto a intimidade quanto a privacidade representam um espaço intransponível pela intromissão de terceiros e, diante da relação de emprego, da intromissão do empregador. Entretanto, apesar da similaridade e proteção, há diferença de significado e amplitude desses direitos.

Sandra Lia Simon⁷¹ apresenta diferenças entre os vocábulos intimidade e vida privada. A expressão “vida privada” abrangeria tudo aquilo que o indivíduo escolhe ocultar da sociedade pelo motivo que for, ou seja, aquelas situações, fatos ou qualquer peculiaridade que lhe diga respeito e que deseja não chegar ao conhecimento público.

Já a “intimidade”, continua a autora, refere-se a tudo aquilo que a pessoa deseja que permaneça apenas em seu âmbito pessoal, oculto tanto para a sociedade como para qualquer pessoa do seu convívio diário, até mesmo entes e amigos mais próximos. Assim, a intimidade seria o “direito de estar só”, de manter sentimentos e ideias sob reserva, de reservar somente para si o que só a ela refere-se e que se relaciona ao seu modo de ser.⁷²

Dessa maneira, a vida privada é mais abrangente do que a intimidade, pois enquanto a primeira refere-se a tudo que resguarda e caracteriza um indivíduo, a segunda seria caracterizada como espécie do gênero privacidade.

Na medida em que a privacidade é integrada por tudo o que a pessoa não quer que chegue ao conhecimento público, a intimidade é mais profunda, sendo que apenas podem ter conhecimento e participar do que se passa no interior de alguém aqueles que o sujeito confia e

⁷¹ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 101.

⁷² SILVA, Edison Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 131.

deseja compartilhar esse seu íntimo, na medida em que não desvelar sua vida aos outros nada mais é do que ter a intimidade preservada.

Durante a prestação laboral podemos então dizer que a intimidade do empregado reflete-se em seus sentimentos, segredos, opiniões, singularidades, forma de pensar e de agir, algo que diz respeito somente a ele e que somente deve ser divulgado, seja ao empregador ou a qualquer outra pessoa, caso o empregado assim deseje⁷³. Dessa maneira, a intimidade nada mais seria do que o indivíduo voltado para seu foro interno, para o seu próprio íntimo.

Já em relação à privacidade no âmbito laboral, tem-se como as escolhas feitas pelo empregado em relação a tudo que lhe diz respeito, como família, amigos, o próprio emprego e toda e qualquer informação que deseje excluir do conhecimento ou mero acesso por parte do empregador ou seus colegas⁷⁴.

Apesar das diferenças, é certo que a Constituição Federal preconiza a proteção a ambos os direitos, sem qualquer distinção, tanto é que traz sua tutela de forma conjunta e garante a todo aquele que sofrer qualquer dano à sua intimidade ou vida privada, a possibilidade de pleitear a indenização pelos danos sofridos.⁷⁵

Assim, pode-se verificar que os direitos fundamentais devem ser respeitados durante todo desenvolvimento do processo laboral, balizando a relação estabelecida e evitando abusos à dignidade dos empregados. Entretanto, como já exposto no capítulo anterior, o Direito do Trabalho é um ramo caracterizado pela assimetria entre as partes. De um lado há o trabalhador, vulnerável e dependente economicamente e, de outro, o empregador, que, além de ser o proprietário dos meios de produção, é aquele que admite, assalaria e dirige a prestação dos serviços, nos termos do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

É nesse contexto que se insere o direito à propriedade, que nada mais é, conforme a teoria clássica, o direito de usar, gozar, abusar e dispor de certo bem. Entretanto, é importante ressaltar que a propriedade em seu sentido clássico nem sempre é caracterizada no Direito do Trabalho e pode referir-se a quem detém o controle produtivo e comanda toda prestação laboral, pois nem sempre haverá a propriedade dos meios de produção, mas sempre haverá o controle e a direção da prestação dos serviços, submetendo-se o empregado aos comandos do empregador.

⁷³ ROMITA, **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, p. 45.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No caso da relação de emprego, o direito à propriedade e o comando dos meios de produção, em um viés trabalhista, conferem ao empregador a faculdade de limitar, dentro da empresa, a prestação laboral de acordo com seus interesses, privilegiando o que lhe pareça melhor para o andamento de todo processo laboral. Todo esse percurso, entretanto, deve ser pautado pelo respeito e efetivação máxima dos direitos fundamentais dos trabalhadores, sempre priorizando a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Percebe-se então que o pleno exercício dos direitos acima expostos é sempre limitado pela subordinação estrutural a que está inserido o empregado na relação empregatícia, sendo que a intimidade, a privacidade e a propriedade privada encontram óbices para serem efetivados em toda sua plenitude, eis que os dois primeiros vão de encontro ao último, devendo haver um juízo de ponderação, de modo que todos os direitos sejam exercidos de maneira a compatibilizar os interesses contrapostos. Por conseguinte, a situação de fato é que mostrará qual o grau de prevalência dos ditos direitos e qual deverá se sobrepor aos demais em cada caso.

Nesse contexto, verificada a contenda que se estabelece diante do conflito entre o direito de propriedade e os demais direitos fundamentais, é que será adiante tratado como se estabelece a faculdade conferida ao empregador, o denominado poder empregatício, bem como quais são seus desdobramentos. Somado a isso, sob qual ótica deve-se concretizar esse poder em um Estado democrático de direito como é o caso do Brasil.

2.2 O poder empregatício sob a ótica constitucional

A relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador é caracterizada, principalmente, pela subordinação, sendo que é a partir deste elemento que se parte para a diferenciação entre os vários tipos de relação de trabalho existentes em nosso ordenamento. Desta forma, a relação de emprego reconhece a subordinação jurídica como elemento integrante ao contrato de trabalho e concede a uma das partes prerrogativas em relação à outra.

Se há então a subordinação, presume-se haver um vínculo obrigacional entre empregado e empregador, sendo que é diante da maneira com que o modo de produção

capitalista atua e a vinculação oriunda do contrato de trabalho que se justifica a subordinação e que resulta o poder conferido ao empregador diante de seus empregados⁷⁶.

Pela verificação da posição de subordinação, percebe-se que o empregador está em posição jurídica superior ao empregado, constatando-se que há de um lado alguém que irá reger a prestação laboral e de outro quem deverá obedecê-la, sempre respeitando certos limites, de forma a evitar arbitrariedades e descaso com os empregados.

A partir da “superioridade jurídica do empregador”, como denomina Vecchi⁷⁷, é que surge o poder do empregador sob seus empregados, o qual é conhecido doutrinariamente como poder de comando, de direção ou, como será denominado neste trabalho, poder empregatício.

Primeiramente é importante ressaltar que o vocábulo “poder”, no sentido etimológico, liga-se à ideia de “chefia” e nada mais é do que fazer os outros, neste caso os empregados, submeterem-se à vontade de um emissor, neste caso o empregador. Entretanto, só há poder concreto se uma das partes aceitar submeter-se à vontade da outra parte, pois o poder exercido por uma parte só se concretiza diante da sujeição e obediência da outra⁷⁸.

Nesse contexto, como preceitua Nascimento⁷⁹, a subordinação passa a ser um lado da moeda, enquanto o poder diretivo passa a ser o outro, de modo que o trabalhador, ao subordinar-se ao patrão, está sob o controle deste em relação à atividade exercida. E é preciso atentar para a subordinação, pois esta se dá somente sobre a atividade e a maneira que será exercida e não sobre a pessoa do empregado.

Entretanto, toda noção acerca do poder empregatício deve ser realizada de acordo com a atual ordem jurídica, em que não há mais a instituição de um poder desmedido ou de acordo apenas com a conveniência do capitalismo. É preciso reavaliar a amplitude do poder empregatício, tendo como início, meio e fim, a efetivação do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a defesa dos direitos fundamentais.⁸⁰

É importante observar que em se tratando de Estado com regime democrático, como é o caso do Brasil, o poder empregatício passa a ter entornos diferentes do que se referente a

⁷⁶ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 242-243.

⁷⁷ VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p. 437.

⁷⁸ HAINZENREDER Júnior, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo: Atlas, 2009, p. 72.

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 620-621.

⁸⁰ VECCHI, op. cit., p. 443-444.

qualquer outro tipo de regime. Considerando a democracia, toda a estrutura do Estado deve ser determinada de acordo com a concepção adotada, pois, como ensina José Afonso da Silva⁸¹, o regime político de um Estado configura-se em um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram essa concepção e que pressupõe a existência de instituições e princípios fundamentais que informem tal ideia.

A partir da constatação anterior, é imprescindível ressaltar que a concepção democrática não tolera que a dignidade do ser humano e todos os demais direitos e garantias fundamentais sejam exigíveis apenas do Estado, mas também dos entes privados e das relações que entre eles se estabelecem, tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública e por ser a dignidade da pessoa humana um dos limites à liberdade contratual.

Assim, o poder empregatício deve ser compatibilizado com a atual ordem jurídica e exercido de forma justa, sem obscuridades, fundada sempre na proteção à dignidade e ao valor social do trabalho.

Estabelecidos certos parâmetros para a interpretação do poder empregatício, faz-se necessária agora a análise do conceito e extensão desse poder e também de suas facetas: regulamentar, de fiscalização e disciplinar.

O poder empregatício, como destaca Delgado⁸², pode ser definido como o conjunto de prerrogativas concedidas e concentradas tendencialmente na figura do empregador, asseguradas pela ordem jurídica e que visam o seu exercício no contexto da relação empregatícia. Ainda a respeito da conceituação, Delgado afirma que as prerrogativas referem-se à direção/regulamentação, fiscalização e à disciplina da economia interna da empresa e da prestação dos serviços.

Percebe-se então que a relação que possibilita o exercício do poder empregatício mostra-se complexa, envolvendo partes assimétricas e permitindo ao empregador regulamentar a prestação dos serviços de acordo com a política do seu negócio (poder de comando), fiscalizar se essa prestação está ocorrendo da forma determinada (poder fiscalizatório) e, por último, penalizar o empregado que descumprir com as determinações feitas pelo empregador (poder disciplinar)⁸³. Essas facetas que englobam o poder empregatício serão tratadas, de forma a facilitar a sua funcionalidade.

⁸¹ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 123-124.

⁸² DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 597.

⁸³ *Ibidem*, p. 599-602.

2.2.1 Faceta regulamentar

É a faculdade conferida ao empregador para comandar e determinar cotidianamente toda a estrutura e espaços empresariais, orientando a prestação dos serviços e organizando as condições em que o trabalho será prestado. Nesse sentido, faz-se uma relação do poder regulamentar com a prerrogativa inerente ao empregador para determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação dos serviços por parte do empregado.

Alice Monteiro Barros⁸⁴ revela que o poder de regulamentar/de comando compreende as decisões executivas e as instruções. Em relação às decisões executivas, refere que o empregador é que rege a organização do trabalho, sendo que essas decisões manifestam-se meramente por atos constitutivos, sem determinar certas condutas para os empregados. Já a função de instrução exterioriza-se mediante ordens e recomendações, que agora dependem de uma observância do trabalhador.

A faceta regulamentar traduz-se no estabelecimento de regras, mesmo que por instrumento único, dotadas de aplicabilidade genérica aos elementos que constituem a organização, como o regulamento interno da empresa. Assim sendo, além de mecanismos de natureza pessoal, como ordens diretas e expressas aos empregados, compreendem-se também ordens de serviços, circulares e o próprio regulamento da empresa⁸⁵.

Conclui-se então que o poder regulamentar nada mais é do que a concretização externa das intenções e metas diretivas colocadas no âmbito do estabelecimento e da empresa. É necessário, entretanto, que essa dimensão de comando que permite ao empregador realizar uma vasta regulamentação, observe os preceitos constitucionais, evitando assim situações de discriminação, de quebra do princípio da igualdade de tratamento, de desconsideração da pessoa humana e de comandos que não levem em conta os interesses sociais e comunitários, sob pena de qualquer comando neste sentido ser declarado nulo.⁸⁶

⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 556.

⁸⁵ DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 600.

⁸⁶ VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional**, p. 448.

2.2.2 Faceta fiscalizatória

Nos dizeres de Delgado⁸⁷, tal poder consiste no conjunto de prerrogativas que visam propiciar ao empregador o acompanhamento contínuo da prestação do serviço, bem como permitir a vigilância ao longo do espaço empresarial interno.

As medidas inerentes ao poder de fiscalização podem concretizar-se em controle de portarias, para verificar a entrada e saída de funcionários, circuitos internos de televisão, controle de horário e de frequência, monitoramentos de forma pessoal, através de acompanhamento de supervisores durante a prestação dos serviços e também monitoramento online, através do controle das tarefas feitas e dos serviços de internet disponibilizados aos empregados.

Para Nascimento⁸⁸, o poder empregatício dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho prestado pelos empregados, sendo que tal faculdade alcança, desde que razoável, a maneira que todo serviço é prestado e o comportamento do trabalhador.

Como já referido, a faceta fiscalizatória do poder empregatício, assim como as demais facetas que integram tal poder, devem encontrar seu limite de atuação na proteção aos direitos fundamentais. É esse limite de atuação e os atuais entornos que tem caracterizado a intervenção do empregador e a fiscalização de seus empregados que exige uma análise mais atenciosa a esta faceta. Além disso, a inexistência de regulamentação em relação aos novos meios tecnológicos que permeiam as corporações atualmente (internet, celulares, câmaras audiovisuais, identidades digitais...) não garantem prontamente o respeito aos direitos de fundamentais dos empregados.

Sendo assim, os meios de fiscalização, como mecanismos para controlar a produtividade e o desenvolvimento corporativo, devem limitar-se a procedimentos legítimos e éticos, os quais respeitem a integridade do trabalhador, preservando os direitos fundamentais e afastando posturas que afetem sua dignidade.

É preciso atentar ao fato de que o poder de fiscalização é o que mais coloca frente-a-frente o poder de comando do empregador e os direitos fundamentais do empregado, pois é diante dessa prerrogativa que permanece este último mais vulnerável às exigências

⁸⁷ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 601.

⁸⁸ NASCIMENTO, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 620-621.

corporativas, ficando exposto, muitas vezes sem saber, aos olhares do empregador, o qual fiscaliza, além da prestação dos serviços, o seu comportamento.

Oraci Maria Grasselli⁸⁹ esclarece que a prerrogativa de fiscalizar é a que mais favorece o choque entre os direitos dos empregados e o poder diretivo do empregador, eis que pressupõe a fiscalização das atividades prestadas, a fim de verificar se as determinações patronais estão sendo fielmente cumpridas.

Grasselli⁹⁰ continua, referindo-se à subordinação, a qual fundamenta o poder diretivo, como o elemento que mais favorece o desrespeito aos direitos fundamentais dos empregados, criando a ilusão nos empregadores de que um funcionário que entrega sua força de trabalho em troca de um salário está ilimitadamente sujeito às necessidades e aos interesses corporativos e patrimoniais.

Como já referido anteriormente, a interpretação do poder conferido ao empregador deve ser visto sob às lentes da Constituição Federal e os direitos nela inseridos, pois como debatido no primeiro capítulo deste trabalho, é preciso atentar para a interpretação sistemática dos princípios constitucionais. É justamente essa a intenção do legislador ao elencar a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, além de trazer como fundamentos da atividade econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, novamente lado-a-lado.

Por óbvio que a intenção da Carta Maior não é retirar ou simplesmente criar óbices ao poder empregatício e, diretamente, ao direito de propriedade, que também é um princípio constitucional e detém enorme importância no ordenamento. Entretanto, busca-se um limite ao poder do empregador, uma diretriz para orientar seu poder de atuação, de certa forma lhe guiando até o limite do tolerável, até o momento em que estará deixando de exercer seu direito de propriedade, através do poder a ele conferido, e invadindo a esfera pessoal dos trabalhadores, ofendendo-os em sua honra, intimidade e vida privada.

⁸⁹ GRASSELLI, Oraci Maria. **Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2011, p. 84.

⁹⁰ *Ibidem*.

2.2.3 Faceta disciplinar

A faceta disciplinar permite ao empregador impor sanções aos empregados que descumprirem as obrigações contratuais. Tal conceituação, entretanto, é vaga e não há previsão expressa legal acerca de quais seriam essas sanções/penalidades disponíveis ao empregador e aplicáveis ao empregado que descumprir com seus deveres laborais.

Sem previsão legal, coube então à doutrina e à jurisprudência elencarem as possíveis sanções aplicáveis ao empregado faltoso, sendo elas: suspensão disciplinar, aplicação de advertência, multa e demissão por justa causa.⁹¹

Assim como as sanções, a doutrina e a jurisprudência criaram certos limites ao exercício do poder disciplinar, tais como: I) o dever de obediência do empregado ao empregador somente em relação aos termos contratuais e durante a prestação do serviço, sempre privilegiando a dignidade da pessoa humana e a liberdade, não podendo a esfera extracontratual ser invadida; II) a punição somente deve ocorrer se a culpa for comprovada e esta punição deverá ser proporcional à falta causada, devendo haver somente uma punição para cada falta; III) as multas somente são admissíveis nos casos previstos em lei, eis que o salário do empregado é seu meio de sustento e crescimento pessoal; IV) as faltas devem ser punidas de imediato, do contrário tem-se como perdoadas; V) a sanção é insubstituível e imodificável, por parte do juiz, devendo este considerá-la legal ou declará-la nula e, por último, VI) veda-se a despedida injuriosa, aquela em que mesmo configurada a justa causa, o empregador excede o limite do razoável no momento da demissão, descaracterizando-a.⁹²

Vecchi⁹³ preceitua que a faceta disciplinar, conferida ao empregador, deve ser exercida com respeito à dignidade e à integridade física e moral dos empregados, através da valorização do trabalho prestado, por ser um dos corolários do Estado democrático de direito. Em relação à possibilidade do empregador disciplinar os empregados, há a necessidade de efetivação máxima do devido processo legal, o qual deve estar presente quando da atuação do poder disciplinar que incide nas relações privadas.

Tal verificação é imprescindível diante da possibilidade de o empregado sofrer punições que irão afetá-lo de várias maneiras, ocasionando a supressão de direitos fundamentais e sociais, como a perda do salário nos dias não trabalhados, em caso de

⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 27 ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 207.

⁹² LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. 4 ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 90.

⁹³ VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p. 459-463.

suspensão disciplinar ou no caso de despedida por justa causa, que irá privar o empregado do aviso prévio, 13º salário e férias proporcionais, do FGTS e a multa de 40% sobre os depósitos já existentes e o acesso ao seguro-desemprego.

Assim, o poder disciplinar deve pautar-se na busca pela excelência laboral e evitar que o trabalho seja exercido de maneiras inviáveis e custosas financeiramente ao empregador, mas, em primeiro lugar, respeitando a dignidade do trabalhador e efetivando em seu máximo o direito social ao trabalho e o desenvolvimento do ser humano, enquanto indivíduo que está auxiliando no crescimento econômico e social.

A questão que envolve então o poder empregatício deve ser analisada cuidadosamente sob o viés constitucional, de maneira a evitar o desrespeito aos direitos fundamentais dos empregados, mas também não aniquilando o direito de propriedade e a autonomia privada que cerca o direito do trabalho. É preciso então passar à análise de como podem os empregados invocar a tutela dos direitos fundamentais diante dos empregadores e em que medida eles influem na relação entre os particulares.

2.3 A eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares

Os direitos fundamentais, em sua essência, surgiram e atuavam não somente com o escopo de limitar o poder do Estado perante os cidadãos, mas também evitar privilégios da nobreza e do clero, dentro do âmbito privado, e evitar desigualdades diante das diferentes classes sociais existentes e seu poderio econômico na época.

Tal constatação foi possível a partir de 1789, quando da Declaração dos Direitos do Homem, em que o Estado deveria abster-se de certas condutas e que os direitos fundamentais seriam perante ele aplicáveis, mas também deveriam assegurar a liberdade no âmbito do direito privado. Entretanto, a teoria liberal, logo difundida, inseriu a concepção de que os direitos fundamentais visariam proteger o indivíduo perante o Estado e que as relações privadas teriam codificação própria, distinta e separada do direito constitucional.⁹⁴

⁹⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 1289.

No entanto, o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que o Estado deixou de ser o maior entrave na concretização dos direitos sociais e fundamentais, passando essa posição aos entes particulares, em especial aos grandes grupos privados.

Assim como o Estado, os particulares, no decorrer de suas relações jurídicas, devem observar os direitos fundamentais, evitando arbitrariedades uns para com os outros. Nesse sentido, os princípios e direitos inseridos constitucionalmente aplicam-se também nas relações entre empregado e empregador, por exemplo, limitando a autonomia privada.

Na relação de trabalho, o poder decorrente da autonomia privada é cotidianamente exercido diante da própria subordinação e vulnerabilidade que caracteriza o contrato de trabalho. A relação assimétrica estabelecida entre empregado e empregador é, indubitavelmente, a razão maior da preocupação em relação a terem os direitos fundamentais eficácia nessas relações, bem como, em que medida. Apesar de certo que os direitos sociais do art. 7º da Carta Maior aplicam-se aos trabalhadores, a dúvida surge acerca da aplicação dos direitos fundamentais destinadas às pessoas humanas em geral.⁹⁵

Essa vinculação estabelecida entre os particulares nas mais variadas relações, diante dos direitos fundamentais e, em especial para este trabalho, entre empregado e empregador, é tratada por grande parte da doutrina como “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” ou simplesmente “eficácia dos direitos fundamentais diante dos particulares”.

Segundo Alexy⁹⁶, os direitos fundamentais também vinculam as relações entre particulares, diante do efeito de irradiação que as normas fundamentais possuem e, portanto, afetam não só a relação Estado/particular, mas também a relação particular/particular.

Sarlet⁹⁷, entretanto, critica a denominação de “eficácia horizontal”, pois, segundo o autor, a relação entre um particular (empregado) e um detentor de poder social (empregador), seria uma relação desigual, similar àquela estabelecida entre o Estado e os particulares e, portanto, seria de natureza vertical e não horizontal, pois não haveria uma relação de igualdade entre as partes.

Apesar da crítica, o próprio Sarlet⁹⁸ distingue a eficácia vertical e a horizontal. Em relação à primeira, trata-se da relação estabelecida entre o Estado e os particulares, ligando-se, originariamente, ao surgimento do constitucionalismo como limitador do poder imperial e

⁹⁵ VECCHI, *Noções de Direito do Trabalho*: um enfoque constitucional, p. 195-196.

⁹⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 506-507.

⁹⁷ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 392-400.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 382-385.

garantidor de uma série de garantias e direitos fundamentais aos particulares. Já em relação à eficácia horizontal, compreende-se como a relação estabelecida entre particulares, sujeitos atuantes no mesmo patamar e em relação de igualdade. Assim sendo, a eficácia horizontal garante a observância de direitos fundamentais perante os particulares, enquanto a vertical implica em direitos impostos perante o Estado.

Observa-se que a relação estabelecida no âmbito do trabalho é uma relação em que o empregador está em posição superior, seja jurídica, econômica e hierarquicamente, sendo que o empregado tem sua autonomia fragilizada, apresentada de forma distinta de outra relação particular qualquer.

Neste sentido, é preciso ver caso-a-caso para verificar se a relação em questão envolve partes em posição de desigualdade, pois é justamente nas situações em que há uma maior desigualdade entre as partes que os direitos fundamentais em questão devem prevalecer sobre a livre-empresa. Essa é a lição de Marlon Marcelo Murari⁹⁹, o qual defende que o critério da desigualdade deve ser utilizado no caso concreto para ponderar a autonomia privada com os direitos fundamentais.

Daniel Sarmento¹⁰⁰ afirma que o grau de desigualdade fática entre as partes em uma relação jurídica é um dos parâmetros para a questão, sendo que em qualquer relação que exista a assimetria de poder, o exercício da autonomia privada da parte mais fraca da relação estará comprometido; conseqüentemente seus direitos e garantias fundamentais também.

Diante dessa situação e em qualquer outra em que se observar uma maior assimetria entre os contratantes, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental contraposto e menor a incidência da autonomia privada acerca deste direito. Para concluir, Sarmento ainda ressalta que, mesmo considerando uma relação entre partes iguais, os direitos fundamentais incidem inquestionavelmente, impondo sempre um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos dos trabalhadores, os quais são irrenunciáveis e indisponíveis.¹⁰¹

Estabelecidos alguns parâmetros para se observar a incidência dos direitos fundamentais entre os particulares, é preciso analisar como e em que medida devem ser aplicados, eis que, mesmo que se reconheça sua aplicação, ela não será a mesma que entre o

⁹⁹ MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado**: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2008.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006, p. 238.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 239.

Estado e os particulares, pois há várias peculiaridades que distinguem a relação. Nesse sentido, Alexy¹⁰² afirma que na relação Estado/particular há a participação de somente um sujeito titular de direitos fundamentais, enquanto que na relação particular/particular, pode ser que o sujeito passivo da relação também seja titular de direitos qualificados como fundamentais.

O sentido da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas é tratado na atualidade por cinco correntes, sendo elas:

I) *Teoria da convergência estatista*: também conhecida como teoria da imputação ao Estado, desenvolvida na Alemanha, preconizando que qualquer lesão a um direito fundamental deve ser imputada ao Estado, pois teria ocorrido mediante permissão ou omissão deste, ao não proibir condutas que lesem os direitos fundamentais.¹⁰³

II) *Teoria do state action*: advém dos EUA, defendendo que os particulares não estariam vinculados aos direitos fundamentais, sendo que apenas o Estado deveria observá-los quando da relação com particulares. Os adeptos da teoria alegam que a autonomia privada restaria prejudicada caso os direitos fundamentais fossem aplicados nas relações entre particulares.¹⁰⁴

III) *Teoria dos deveres de proteção*: somente o Estado estaria vinculado à proteção dos direitos fundamentais e somente ele pode protegê-los nas relações entre particulares. Assim o Estado deve abster-se de ferir direitos fundamentais dos particulares e também garantir-lhes a proteção diante das relações privadas.¹⁰⁵

IV) *Teoria da eficácia direta ou imediata*: os direitos fundamentais seriam aplicados de forma direta e obrigatória em todo o ordenamento jurídico, aplicando-se às relações privadas independentemente de atuação estatal. Segundo Wilson Steinmetz¹⁰⁶, existem três fundamentos sob os quais a teoria se sustenta: a) as normas que influem sob os direitos fundamentais conferem aos particulares uma

¹⁰² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 511.

¹⁰³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 175.

¹⁰⁴ SARMENTO, *Direitos Fundamentais e relações privadas*, p. 228.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 260-261.

¹⁰⁶ STEINMETZ, *op. cit.*, p. 168.

posição jurídica oponível aos próprios particulares, bem como ao Estado; b) os direitos fundamentais atuam no plano constitucional, não importando se públicos ou privados e c) diante de sua constitucionalidade, os direitos fundamentais operam eficácia de forma imediata e direta, não necessitando de regulamentações ou interpretações específicas.

V) *Teoria da eficácia indireta ou mediata*: a eficácia dos direitos fundamentais ocorre, em um primeiro momento, perante o legislador, o qual deverá, mediante lei infraconstitucional específica, regulamentar a questão, para posteriormente serem aplicados nas relações entre privados.

Steinmetz¹⁰⁷ afirma que para os defensores desta teoria, os direitos fundamentais não atuam como direitos subjetivos, mas sim como normas objetivas de princípio, como espécie de valores, aplicando-os indiretamente, através da interpretação de normas gerais do direito privado. Ademais, caberia ao legislador conformar a aplicações dos direitos fundamentais às relações entre privados.

Steinmetz¹⁰⁸ complementa afirmando que a teoria da eficácia indireta sustenta-se em quatro pilares: a) as normas de direitos fundamentais tem eficácia somente se observado o direito privado, ou seja, o parâmetro para a interpretação deve ser o direito privado; b) a participação do legislador para regulamentar os direitos fundamentais é essencial e, posteriormente, caberá ao juiz aplicá-los caso-a-caso; c) o legislador é o intermediário que deve regular a dimensão, conteúdo e a forma de exercício dos direitos fundamentais e d) os juízes e tribunais ficam incumbidos de interpretar e aplicar os direitos fundamentais, conferindo-lhes eficácia diante do caso concreto, utilizando-se das normas gerais de direito privado.

Após as considerações acerca das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares, faz-se presente a seguinte pergunta: qual das teorias citadas é a adotada majoritariamente no Brasil? Além disso, a teoria prevalente carece de alguma mudança em sua interpretação ou deve ser aplicada indistintamente?

¹⁰⁷ STEINMETZ, A **vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, p. 136.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 136-137.

Doutrinariamente, destaca-se a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, principalmente com o respaldo de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁹. Assim sendo, haveria a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, independente de regulamentação infraconstitucional.

Nesse contexto, um aspecto importante a ser ressaltado é a função avançada que caracteriza os direitos fundamentais atualmente, que deixaram de proteger o indivíduo apenas dos abusos do Estado, passando a proteger as relações privadas. No direito do trabalho, especificamente, a vulnerabilidade do empregado, que sempre abre mão de parte de sua autonomia e liberdade, acaba colocando-o em posição inferior, estando à disposição física e mental, fazendo necessária a existência de tutela específica de seus direitos, de forma a estabilizar as relações sociais.

Essa é a posição de Sarmento¹¹⁰, o qual destaca que os direitos fundamentais devem irradiar por todo ordenamento, sendo que essa característica pressupõe que qualquer pessoa envolvida no processo de concretização dos direitos fundamentais deve observar as relações particulares sob a ótica constitucional, buscando a dignidade da pessoa humana, justiça social e a igualdade substancial.

Tal entendimento, segundo Sarmento, seria não somente uma questão de direito, mas também de ética e justiça, pois somente pode-se ter uma autonomia privada em sua plenitude se houver partes com condições minimamente iguais de negociar. Tal situação somente pode ser estabelecida se o particular vulnerável tiver a garantia de que seus direitos estarão assegurados diante de quem detém o poder.¹¹¹

Assim sendo, para estabelecer a justiça e garantir a autonomia privada das partes, sempre respaldadas pela dignidade da pessoa humana, é que se deve buscar uma solução diferenciada, como expõe J. J. Gomes Canotilho¹¹², salientando que diante da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, principalmente a função de proteção desses direitos, deve-se superar essa diferença entre a eficácia mediata e a imediata em face de soluções que levem em consideração o direito fundamental no caso concreto, diante das especificidades apresentadas.

¹⁰⁹ SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 392-400.

¹¹⁰ SARMENTO, *Direitos Fundamentais e relações privadas*, p. 199.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 200.

¹¹² CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 1289.

Como bem salienta Canotilho¹¹³, além do poder público, o legislador também está vinculado aos direitos fundamentais e, assim sendo, não poderia estabelecer discriminações nas relações privadas sem um fundamental material que embase essa pretensão. Tal ideia reflete-se diante de casos em que as partes envolvidas em uma relação privada podem muitas vezes estar em pé de igualdade e então não haveria motivos para afastar a autonomia da vontade e simplesmente elevar os direitos fundamentais a caráter absoluto e ilimitado.

Complementando, o próprio Canotilho¹¹⁴ reflete que não se admite a arbitrariedade da eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, mesmo esses direitos são limitados e este limite não pode ser ignorado, do contrário estar-se-ia aniquilando a autonomia privada. Desta maneira, ao se aplicar os direitos fundamentais nas relações entre privados, deve haver respeito ao chamado núcleo rígido que os caracterizariam nesses casos.

Sarmiento¹¹⁵ também compartilha da ideia de Canotilho, sustentando que nas relações privadas, diferentemente do que ocorre na relação entre Estado e particulares, os direitos fundamentais devem ser ponderados para verificar a solução mais viável. A aplicação absoluta dos direitos fundamentais levaria à aniquilação da propriedade privada, a qual também é tutelada constitucionalmente, sendo que em relações substancialmente iguais, devem os particulares possuir certo arbítrio e a intensidade da eficácia dos direitos fundamentais será menor do que se fosse oposta em face do Estado.

Portanto, a teoria que mais se coaduna com as necessidades laborais nos dias de hoje é a teoria da eficácia imediata, devendo os direitos fundamentais ter aplicação direta, porém “ponderada”, pois há a incidência de direitos fundamentais em ambos os lados, tanto em respeito ao empregado, quanto ao empregador. Essa é a peculiaridade que caracteriza a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, pois ambas as partes envolvidas são titulares de direitos constitucionalmente garantidos, formando uma complexa rede de direitos e deveres que encontram limites e condições de atuação mútuas.¹¹⁶

Dessa forma, a ponderação será espécie de parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, inexistindo, como já trabalhado no primeiro capítulo deste trabalho, direitos irrestritos e absolutos, nem mesmo em se tratando de direitos fundamentais em face do Estado, que dirá diante dos particulares.

¹¹³ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1289-1290.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 419-420.

¹¹⁵ SARMENTO, *Direitos Fundamentais e relações privadas*, p. 65.

¹¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138-140.

Ademais, assim como a dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, a autonomia privada também está tutelada constitucionalmente e é essa previsão que requer que a Magna Carta seja interpretada de forma conjunta, compatibilizando normas e unificando a interpretação constitucional, como bem sintetiza Pereira¹¹⁷: “O caráter relativo e limitado dos direitos fundamentais decorre da própria noção de unidade da constituição, e da consequente necessidade de coordenação e harmonização dos valores constitucionalmente protegidos.”

Assim, é razoável que se estabeleça diante de uma relação desigual entre particulares (empregado x empregador), a ponderação como método de solução dos conflitos entre interesses e princípios. O direito de propriedade de um lado e os direitos fundamentais dos empregados de outro devem ser ponderados caso-a-caso e concretamente aplicados de acordo com a realidade fática das partes envolvidas, preservando-se a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais em maior ou menor grau diante da hipossuficiência apresentada.

Por fim, frisa-se que para além da discussão acerca do Direito Privado, o ordenamento como um todo tem passado por esse processo de constitucionalização, propiciando a ponderação de interesses e direitos contrapostos como o ponto de partida para amenizar os conflitos entre direitos fundamentais nas relações privadas.

¹¹⁷ PEREIRA, A **nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, p. 186.

3. O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO

O e-mail corporativo, ao passo em que é ferramenta para o trabalho, pode implicar em restrições à privacidade e à intimidade do empregado, requerendo novos olhares sobre as circunstâncias que o envolvem. Assim, indaga-se se o monitoramento do e-mail corporativo fere os direitos fundamentais dos empregados e seria método inconstitucional de fiscalização.

Para tanto, salienta-se o significado do e-mail corporativo, na medida em que é preciso verificar se é possível equipará-lo à correspondência usual e aplicar-lhe a inviolabilidade de sigilo tutelada no artigo 5º, XII, CF. Ademais, analisa-se se é possível o monitoramento e em quais circunstâncias, bem como quais serão os fundamentos para quem defende a interceptação. Por fim, fazendo uso da boa-fé objetiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, se busca trazer alternativas para o empregador proteger seu patrimônio, garantindo-lhe o legítimo direito de fiscalizar a prestação dos serviços.

3.1 O e-mail corporativo e a inviolabilidade de sigilo das correspondências

O direito do trabalho, assim como todas as demais áreas de estudo da sociedade e de suas ciências, tem literalmente corrido contra o tempo. As evoluções tecnológicas mostram-se tão intensas que sugerem novas realidades, as quais ensejam reformulações e adaptações dos atuais institutos jurídicos. Partindo destas acepções, há a necessidade de novas perspectivas diante dos direitos conferidos aos trabalhadores, de modo a evitar a decadência de suas conquistas, fruto de árduas batalhas sociais.

O avanço tecnológico proporciona benesses para todos os segmentos da vida humana e entre os meios tecnológicos que abarcam o final do último século e que afetam o dia-a-dia, cita-se a internet, ferramenta que, além de importante mecanismo de informação, permite a troca de dados entre as pessoas e a possibilidade de conexão com o mundo inteiro.¹¹⁸

¹¹⁸ RUARO, Regina Linden; HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. A eficácia dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: O monitoramento de dados eletrônicos pelo empregador público e privado. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS, n. 246, v. 21, 2004, p. 19.

É possível afirmar que a evolução tecnológica adentrou em todas as instituições sociais. As famílias, as escolas, universidades e empresas vêm usufruindo desta magnífica ferramenta que é a internet e os acessórios que a acompanham.

A importância do fenômeno da informática mostra-se tão intenso que, como ensina Newton de Lucca¹¹⁹, é possível comparar as estradas de ferro no século XIX, as quais foram as principais responsáveis pelo desenvolvimento ocorrido àquela época, com as estradas da comunicação digital, em especial a internet, que gera ganhos infinitos em termos de qualidade e quantidade para as grandes corporações, tamanha é a facilidade e dinamicidade proporcionadas, além da diminuição de custos e de tempo em todos os setores da cadeia produtiva.

Mais precisamente no âmbito trabalhista, a correspondência eletrônica, uma das principais ferramentas oferecida pela rede mundial de computadores (internet), tem tomado forma e ocupado um espaço muito importante e essencial para o segmento corporativo. Trata-se de um meio de comunicação prático, barato, volátil e, principalmente, que permite aos seus usuários manter-se interligados, ou seja, recebam as mesmas informações ao mesmo tempo, na medida do desejo de quem está as enviando.¹²⁰

O “e-mail” é o instrumento que materializa a correspondência eletrônica, independente de ser pessoal ou corporativo. Nas palavras de Eugênio Hainzenreder Júnior e Regina Linden Ruaro¹²¹, tem-se que:

O eletrônico mail surgiu de uma experiência realizada por Ray Tomlison, no ano de 1971, em Cambridge, Massachusetts que, embora exitosa, naquela oportunidade não teve grande repercussão. Trata-se de correspondência eletrônica através do qual os usuários poderão enviar e receber mensagens, anexando documentos em formatos de texto, áudio ou vídeo a partir de um software de um computador ligado a uma rede de telecomunicação, como telefone, cabo, etc.

Nota-se que, inicialmente, o uso restrito da ferramenta deu-se apenas de forma pessoal, sendo que posteriormente, por necessidade e disponibilidade do e-mail, este também passou a

¹¹⁹ DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. Saraiva, 2003, p. 132.

¹²⁰ LIPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da internet. **Revista LTr**, São Paulo, v. 62, n. 4, abr. 1998, p. 480.

¹²¹ RUARO, Regina Linden; HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. A eficácia dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: O monitoramento de dados eletrônicos pelo empregador público e privado. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS, n. 246, v. 21, p. 19, 2004.

ser utilizado nas mais diversas áreas de atuação (pesquisa, lazer, militar) e assim como nestas áreas, chegou também ao ambiente de trabalho, mais especificamente no âmbito corporativo.

No mundo empresarial o e-mail é definido como e-mail corporativo. Trata-se da ferramenta disponibilizada ao empregado, por parte do empregador, com ciência de que deverá ser utilizado primordialmente em benefício do trabalho a ser exercido, tanto é que normalmente apresenta-se contendo o nome da empresa a que está vinculado.¹²²

Relativamente ao ramo trabalhista, pode-se afirmar que a informática e suas benesses inserem-se constantemente no dia-a-dia laboral. Há trocas de informações e repasse de diretrizes empresariais entre empregado e empregador ou mesmo entre empregados; divulgação de ordens e referências atinentes aos serviços e produtos que integram certa atividade empresarial; estipulação de metas de vendas e produção, bem como o acompanhamento destas, entre vários outros objetivos e facilidades que são estabelecidos pela correspondência eletrônica.

Estabelecidos certos parâmetros acerca do e-mail corporativo, é preciso analisar essa ferramenta que, ao mesmo tempo em que agiliza a vida laboral, coloca em risco alguns direitos fundamentais dos trabalhadores. Nesse sentido é que se passa a abordar se a inviolabilidade de sigilo da correspondência, contida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal¹²³, aplica-se também ao caso dos trabalhadores em relação ao correio eletrônico corporativo.

Em um primeiro momento, diante de uma interpretação literal do conceito de correspondência, seria imprescindível a incidência do suporte físico (papel). Entretanto a interpretação do Direito não pode manter-se estática ou ser literal, pois as mudanças na sociedade ocorrem diariamente, enquanto que a legislação não é instantânea. Assim, a interpretação legal deve moldar-se para acompanhar os avanços sociais.¹²⁴

Observa-se que se o e-mail e demais ferramentas da informática exercem uma função de comunicação entre duas ou mais pessoas, tem-se nessas situações uma forma de correspondência que, apesar de diferente da usual, mediante carta física, objetiva um fim único: passar uma mensagem para outrem.

¹²² CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais. **Revista do Direito do Trabalho**, São Paulo: RT, a. 33, n. 127, jul/set 2007, p. 87.

¹²³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹²⁴ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83.

Assim, a palavra correspondência é usada em sentido amplo, abrangendo outras modalidades de comunicação. A proteção ao sigilo, por sua vez, abrange a inviolabilidade das comunicações de pensamento que não visam a público indeterminado, seja por meio de cartas, de telefone, do telégrafo ou por qualquer outra técnica que se inventar.¹²⁵

No entendimento de Emília Simeão Albino Sako¹²⁶, no momento em que o empregado utiliza a internet buscando qualquer tipo de informação ou envia e recebe mensagens, constitui-se um processo de comunicação que está sujeito à tutela própria da inviolabilidade das comunicações e correspondências. A partir desta tutela, o empregador não pode monitorar ou investigar o computador do empregado, acessar o correio eletrônico, interceptar mensagens ou ainda solicitar ao provedor que lhe envie qualquer mensagem que trafegou por aquele computador. Se houver acesso às mensagens recebidas ou enviadas pelo empregado, haverá ofensa ao segredo das comunicações.

Seguindo o raciocínio, Sako¹²⁷ adverte que, além de ferir o sigilo das correspondências, tais atitudes ofendem a intimidade, a privacidade e até a liberdade de expressão do empregado, o qual não poderá comunicar-se livremente, pois é notório que estará vigiado enquanto acessa seu e-mail.

Dessa maneira, o acesso ao conteúdo das mensagens eletrônicas seria vedado, eis que a norma constitucional tutela qualquer forma de comunicação e as mensagens dela derivadas, como garantia formal de intangibilidade. É importante ressaltar que a Constituição Federal em nenhum momento restringe ou especifica que somente as mensagens emitidas em papel estão ao abrigo da inviolabilidade da correspondência. Assim, aplica-se hermeneuticamente a antiga regra que em caso da lei não fazer distinções, esta vedado ao interprete fazê-lo.¹²⁸

Na mesma linha, Sako¹²⁹ conclui nos seguintes termos:

¹²⁵ FERREIRA FILHO, **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**.

¹²⁶ SAKO, Emília Simeão Albino. Uso laboral e extralaboral do correio eletrônico e internet. Controle patronal indevido ou abusivo. Lesão aos direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, a. 35, n. 65, jul/dez 2010. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista%2065%20_2_2010> Acesso em: 10. Mar. 2012, p. 704-706.

¹²⁷ Ibidem, p. 706.

¹²⁸ JUNIOR, Luis Manoel Gomes. O controle jurisdicional das mensagens veiculadas através da internet. **Revista Juridica de Osasco** – RJ, volume 04/99, p. 90.

¹²⁹ SAKO, op. cit., p. 706.

A comunicação realizada entre um emissor e um ou vários receptores, por um meio eletrônico, é um procedimento tutelado pelo ordenamento jurídico frente a qualquer interceptação por parte de terceiros alheios à comunicação. O elemento determinante à proteção é a expectativa de confidencialidade do objeto da comunicação, da qual deriva o direito fundamental à intimidade. Assim, qualquer comunicação realizada por meios dos instrumentos informáticos gozará da tutela constitucional do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, que tem caráter formal e confere tutela à comunicação independente do conteúdo material incluído na mensagem.

Com opinião diversa, defendendo que no caso do e-mail corporativo qualquer interceptação não estaria ofendendo a inviolabilidade de sigilo da correspondência, destaca-se Joana Zago Carneiro¹³⁰, ao afirmar que a proteção constitucional do art. 5º, XII, refere-se tão somente às correspondências eletrônicas de natureza pessoal, sendo que nessas situações certamente há tutela à privacidade, intimidade, honra e à imagem das pessoas.

Em relação à correspondência eletrônica de natureza profissional, a autora revela que qualquer aspecto presente seria relativo apenas a informações pertinentes à empresa e à atividade por ela exercida. O e-mail corporativo seria de propriedade da empresa e então qualquer mensagem que por ele transite também é de propriedade da corporação, ao passo que o empregado seria um mero representante desta enquanto envia e recebe e-mails relativos ao seu trabalho.

Carneiro¹³¹ prossegue sustentando que não haveria como considerar qualquer outra hipótese que não a de que o e-mail é propriedade empresarial, pois do contrário admitir-se-ia que, em caso de ser o empregado dispensado ou pedir a dispensa, teria ele o direito de bloquear o acesso da corporação aos e-mails constantes em sua caixa, privando inclusive o empregador de obter endereços e telefones de clientes e transações pendentes que porventura fossem realizadas via internet, o que de fato é inadmissível e nunca ocorre. De fato, ao fim do contrato de trabalho, por motivo qualquer, todas as mensagens eletrônicas devem ser repassadas ao empregador e, via de regra, o e-mail do ex-empregado é desativado de forma permanente.

Ainda em relação à propriedade do e-mail fornecido pela empresa, Zago¹³² refere-se ao fato de que normalmente o usuário e a senha de acesso à caixa de e-mail devem ser fornecidos pela empresa, já descaracterizando a privacidade do usuário. Posteriormente, mesmo que o empregado modifique a senha, ou em caso de receber somente o usuário de

¹³⁰ CARNEIRO, O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais, p. 89.

¹³¹ Ibidem, p. 90.

¹³² Ibidem.

acesso e ele próprio cadastrar uma senha de forma pessoal, não significa que passe a ser o proprietário da correspondência eletrônica. Tal procedimento não visa evitar o acesso do empregador às mensagens enviadas e recebidas, mas apenas ocorre para evitar que terceiros estranhos à empresa tenham acesso ao conteúdo, muitas vezes sigiloso, que está nos e-mails.

Diante de posições opostas, cabe ressaltar que primeiramente deve-se priorizar a dignidade e intimidade do empregado, sendo que nenhum interesse patrimonial pode prevalecer diante da privacidade pessoal, ainda que com o pretexto de se identificar alguma violação praticada pelo emitente da mensagem eletrônica¹³³. Assim, entende-se que a inviolabilidade do sigilo da correspondência abrange também as correspondências eletrônicas e, conseqüentemente, o e-mail corporativo.

O fato de o empregado fazer uso de uma ferramenta de propriedade, indiscutivelmente, da empresa não retira do e-mail corporativo a sua característica essencial, que é a de passar uma mensagem para outra pessoa. Como bem ressalta Sako, qualquer envio ou recebimento de mensagens, mesmo atinentes à empresa, está sujeito à tutela constitucional da inviolabilidade das correspondências, não autorizando o empregador a monitorar seu conteúdo.

O objetivo principal do sigilo das correspondências é garantir a privacidade das partes envolvidas e mesmo tratando-se de ferramenta disponibilizada para o desenvolvimento das atividades a que foi o empregado contratado, não pode ser a razão para permitir ao empregador afrontar a dignidade e o direito fundamental do empregado de comunicar-se sem sofrer interceptações e fiscalizações ilimitadas.¹³⁴

A invocação do poder empregatício ou mesmo a hipótese de que a correspondência eletrônica corporativa é gerada em um bem de propriedade da empresa, disponibilizada para o trabalho e que não é uma correspondência de caráter pessoal e, portanto, não sujeita à inviolabilidade do sigilo às correspondências, não pode sobrepor-se à privacidade do trabalhador. O direito fundamental à privacidade não pode ser anulado diante do direito de propriedade, pois embora a privacidade não seja absoluta, nesse caso só poderia ser relativizada mediante ordem judicial e ainda em casos específicos, como será tratado adiante.¹³⁵

¹³³ LISBOA, Roberto Senise. **Quebra da inviolabilidade de correspondência eletrônica por violação da boa-fé objetiva**. São Paulo: Quarter Latin, 2008, p.

¹³⁴ CARNEIRO, O **monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais**, p. 91.

¹³⁵ SAKO, **Uso laboral e extralaboral do correio eletrônico e internet. Controle patronal indevido ou abusivo. Lesão aos direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade**, p. 707.

O computador, bem como os provedores de internet e o próprio e-mail são, inegavelmente, de propriedade das empresas, porém esta circunstância não fundamenta ou autoriza a intromissão na esfera íntima dos empregados. De fato, no direito brasileiro, são facilmente perceptíveis casos que também se coloca em debate a privacidade e a intimidade do empregado e não há dúvidas que tais direitos não podem ser afastadas diante de interesses meramente patrimoniais.

Para sintetizar, toma-se como exemplo os casos dos banheiros instalados nas empresas. Não há a mínima dúvida de que se trata de patrimônio da empresa e nem por isso admite-se a instalação de câmeras para vigiar tudo que o empregado faz nesses locais. A mesma questão é observada em relação aos telefones, fixos ou móveis, fornecidos e custeados pelas empresas para que os funcionários comuniquem-se no decorrer das atividades. Novamente, não se questiona a propriedade dos aparelhos, entretanto não há quem defenda que a interceptação das ligações, através de escutas telefônicas sem a devida autorização judicial, seja lícita. Há ainda outros casos similares, como a questão das revistas íntimas, em que, mesmo sendo a empresa a proprietária de praticamente todos os bens disponíveis aos empregados, não é lícita a submissão do empregado à revista íntima pela mera desconfiança do empregador quanto a possível furto ou sumiço de pertences dentro do estabelecimento empresarial.¹³⁶

Verifica-se, portanto, que o direito de propriedade invocado como argumento que autoriza o monitoramento do e-mail corporativo não merece resguardo. O empregador tem o direito e o dever de zelar pela atividade que comanda e controlar tudo que a envolve, entretanto a intromissão na esfera privada dos trabalhadores caracteriza-se como abuso do poder empregatício.

O fato de estar inserido no ambiente de trabalho não limita ou restringe a aplicabilidade dos direitos fundamentais diante de uma relação assimétrica entre empregado e empregador. Ao contrário, justamente em casos de desigualdade e vulnerabilidade é que a aplicação dos direitos fundamentais terá aplicação imediata.¹³⁷

O ambiente de trabalho é um espaço em que a ocorrência de abusos por parte dos empregadores é frequente e praticamente ilimitado, devendo a proteção aos direitos dos

¹³⁶ NETO, Antônio Silveira; DE PAIVA, Mario Antônio Lobato apud GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado? **Revista LTr**, São Paulo: LTr, a. 75, n. 08, ago. 2011, p. 909.

¹³⁷ VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p.214-215.

trabalhadores ser igualmente intensa, de maneira a proteger constantemente a parte fraca da relação e permitir o trabalho de forma digna. O limite ao poder do empregador deverá ser o respeito aos direitos fundamentais dos empregados, do contrário o ambiente de trabalho torna-se um método de controle da personalidade, restringindo inclusive o direito de liberdade de expressão.

A afirmação feita por Amaro Moraes e Silva Neto¹³⁸, em relação às empresas que mantém rígido controle sobre seus empregados, corrobora com os fundamentos suscitados:

Mas... será que essa ostensiva vigilância sobre seus empregados as beneficiará? Cremos que não. Afinal, trabalhar num lugar onde os e-mails são violados, as navegações na web monitoradas e câmeras vigiam todos os movimentos de todos que se encontram em seus recintos, mais assemelha à situação de um prisioneiro em um campo de concentração do que a de um funcionário em seu ambiente de trabalho.

Assim, diante do entendimento de que ao e-mail corporativo aplica-se a garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo de correspondência, é que se passa a analisar em quais casos será possível seu monitoramento e quais os requisitos que devem ser atendidos, pois como os demais direitos fundamentais já tratados, a inviolabilidade do sigilo também não é absoluta, entretanto só será relativizada em casos excepcionais.

3.2 Monitoramento do e-mail corporativo: requisitos e legalidade da interceptação

Ao sustentar, diante das constatações anteriores, a inviolabilidade do sigilo aos e-mails corporativos, deve-se atentar para as consequências que dita constatação remete. Se o e-mail corporativo está ao abrigo da inviolabilidade, qualquer monitoramento ou interceptação ocorrida pelo empregador será ilícito, bem como qualquer prova obtida contra o empregado. Entretanto o tema não é pacífico e é preciso analisá-lo para refletir se a prova obtida diante da interceptação é lícita ou ilícita.

Em decisão emblemática acerca do tema, o ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen, no RR - 613/2000-013-10-00, publicado em 10/06/2005, comungou da

¹³⁸ MORAES, Amaro; NETO, Silva. **Privacidade na internet – um enfoque jurídico**. Edipro: 2001, p. 48-49.

ideia de que o correio eletrônico, por ter natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, seria passível de controle "moderado, generalizado e impessoal" pelo empregador, com a finalidade de evitar abusos por parte do empregado e que qualquer prova obtida diante desse controle seria lícita e poderia embasar despedida por justa causa.

Não é demais trazer à colação parte da decisão proferida pelo ministro Dalazen, que admitiu a legalidade do monitoramento do e-mail corporativo e a licitude da prova obtida:

PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. [...] 4. Se se cuida de "e-mail" corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta estar presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). **5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.** 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.¹³⁹. Grifo nosso.

Apesar dos respeitáveis fundamentos elencados na decisão pelo ministro João Oreste Dalazen, não se comunga das ideias transcritas, pois como já se asseverou, o e-mail corporativo goza da inviolabilidade constante no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, o qual dispõe também acerca da exceção à inviolabilidade, com relação às comunicações telefônicas, desde que mediante ordem judicial e somente em casos de investigação criminal ou instrução processual criminal.

Tal hipótese de exceção ao final do inciso XII, no artigo 5º, da Carta Magna, passou a ser regulada pela Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996, a qual especifica as condições para que seja decretada a interceptação das comunicações telefônicas e fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. A lei ainda elenca a previsão de crime em caso de

¹³⁹ Este acórdão pode ser conferido em: www.tst.gov.br

interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados.¹⁴⁰

Assim, cabe primeiramente analisar que no sentido literal, o artigo 5º, XII, CF, elenca apenas a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas. Entretanto, assim como inexistem direitos absolutos, a tutela constitucional da inviolabilidade também não pode ser tratada como se absoluta fosse. Nota-se que a regra geral é a inviolabilidade, sendo admitidas algumas exceções, desde que preenchidos os requisitos legais, motivadas pela não aceitação de práticas ilícitas e criminosas.

Ernesto Lipmann¹⁴¹ é um dos defensores de que a interceptação pode ser realizada para comunicações telemáticas, apesar da Constituição Federal aparentemente excepcionar tal procedimento somente em relação às comunicações telefônicas. Lipmann pondera que se o empregado está a praticar atos ilícitos, passíveis de causar prejuízo e fraudes contra a própria empresa, através de um meio de comunicação empresarial, a empresa teria o legítimo direito de monitorar os e-mails dos empregados, desde que requeira judicialmente a quebra do sigilo de telemática, embasando seu pedido em suposto envolvimento do empregado em fraude contra a empresa.

Observa-se então que qualquer prova obtida sem a prévia autorização judicial para quebra do sigilo do e-mail corporativo será ilícita e não poderá ser suscitada em futuro processo criminal.¹⁴² Para além da ilicitude em processo criminal, verifica-se que a prova obtida ilicitamente não poderá embasar dispensa por justa causa do empregado que teve o e-mail corporativo violado, seja por improbidade ou qualquer outra falta grave alegada pelo empregador, no âmbito trabalhista.

Lipmann¹⁴³ ainda assevera que em caso da interceptação ser ilegal, o empregado está legitimado a requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho e reparação pelos danos morais sofridos pela quebra do sigilo da correspondência e conseqüente invasão de sua privacidade. Por fim, a quebra de sigilo realizada sem autorização judicial seria vedada e o empregador que a realizasse responderia criminalmente pelo ato praticado.

¹⁴⁰ **Art. 10.** Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

¹⁴¹ LIPMANN, **Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da internet**, p. 484-485.

¹⁴² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹⁴³ LIPMANN, op. cit., p. 485.

As considerações feitas por Lipmann encontram respaldo legal e devem ser consideradas, entretanto alguns apontamentos ainda devem ser feitos. Em relação à ordem judicial que autorize a interceptação do e-mail corporativo, apesar da Carta Magna aparentemente autorizar somente a interceptação telefônica, não é possível elevar qualquer outra correspondência ao sigilo absoluto diante de possível ilicitude. A garantia de inviolabilidade existe, entretanto não é absoluta diante de possível ato ilícito por parte do empregado. Este poderá, excepcionalmente, ter o sigilo de sua correspondência eletrônica violado, desde que atendidas às exigências legais.

Em se tratando de e-mail corporativo, a interceptação, em primeiro lugar, deverá ser precedida da devida autorização judicial, que somente deve ser concedida se atendidos os requisitos legais. Em relação à suposta atividade que está praticando o empregado, deve ser caracterizada como infração penal e, no mínimo, haver indícios razoáveis de participação ou autoria; em um segundo momento, deve-se analisar se a prova do suposto ilícito não poderá ser feita de outra maneira e, por último, o fato investigado deve constituir infração penal e não pode ser punível com, no máximo, pena de detenção.¹⁴⁴

Em casos de suspeita de prática ilícita, como pedofilia, assédio sexual, quebra de sigilo da empresa, entre outros, seria possível então admitir a pretensão do empregador para requerer judicialmente a autorização para quebrar o sigilo do e-mail corporativo. Entretanto deve-se observar se os requisitos legais restariam atendidos. A mera atitude do empregado que não constitua infração penal, como navegar por sites inapropriados, enviar e-mails pessoais ou navegar pela internet em horário em que deveria dedicar-se ao trabalho, não se enquadra nas situações em que poderia ser autorizado o monitoramento do e-mail corporativo.¹⁴⁵

Nota-se que o interesse comercial, econômico, estratégico e até o disciplinar não é apto a suprimir a inviolabilidade garantida constitucionalmente ao e-mail corporativo. Ao empregador estão disponíveis diversos outros mecanismos de controle e regramento em relação ao uso do e-mail, os quais integram seu poder de fiscalização. Em se tratando de comportamento ou atitude de desídia, o monitoramento não pode ser suscitado e a fiscalização

¹⁴⁴Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

¹⁴⁵ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x Direito de propriedade e Poder Diretivo do Empregado. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, a. 28, v. 105, jan/mar 2002, p. 11-15.

do trabalho prestado deverá ocorrer por outro modo, que não a interceptação ilegal, devendo o meio escolhido respeitar a privacidade e a intimidade dos empregados.¹⁴⁶

Aliás, ressalta-se novamente que ao fazer uso do poder de fiscalização e monitorar o e-mail corporativo por simples interesse econômico, invocando meramente a tutela de proteção ao patrimônio da empresa e o direito de propriedade, incorrerá o empregador em crime, conforme a expressa proibição contida no artigo 10 da Lei 9.296, de 1996.

Pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade do empregado diante do e-mail conferido pela empresa deve existir, bem como deve haver a determinação de regras de disciplina para uso do e-mail corporativo e das restrições que também serão exigidas.

Por um lado o empregador deverá zelar pela fiel execução do trabalho e que os empregados produzam dentro do possível o esperado para cada e determinada função, porém os meios para controlar todo esse processo e salvaguardar o interesse patrimonial do empregador devem primar pela dignidade do empregado e respeito à privacidade que lhe é assegurada constitucionalmente, pois bem como menciona Giordani¹⁴⁷, disciplinar o empregado no ambiente de trabalho é uma coisa; vasculhar, outra, por óbvio. Aquela é lícita; esta, absolutamente não.

Admitindo-se então a ilicitude das provas obtidas sem a devida autorização judicial, é preciso adiante elencar outros métodos, lícitos, que permitem ao empregador fiscalizar a prestação dos serviços, analisar se os empregados estão produzindo o que razoavelmente se espera e propiciar meios para evitar possíveis atitudes ilícitas, prevenindo prejuízos à corporação que, além de arcar com qualquer custo e risco que possa surgir da atividade desenvolvida, ainda é responsabilizada pelas ações de seus subordinados.

¹⁴⁶ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina, **Direito à intimidade do empregado x Direito de propriedade e Poder Diretivo do Empregado**, p. 14.

¹⁴⁷ GIORDANI, **O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado?**, p. 910.

3.3 A responsabilidade *in eligendo* como fundamento para a interceptação

Conforme esclarece o caput do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁴⁸, considera-se empregador aquele que, ao assumir os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação dos serviços. Da leitura do conceito acima, observa-se que o empregador, no momento em que se aventura à atividade econômica, assume o risco e deve arcar com todos os ônus.

A responsabilidade do empregador pelos seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele está expressa no artigo 932, III, do Código Civil, a responsabilidade na modalidade *in eligendo*. Ademais, esta responsabilização deixou de ser hipótese de responsabilidade civil subjetiva, com presunção de culpa do empregador pelo ato cometido pelo empregado, conforme súmula 341 do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁹, para se tornar hipótese de responsabilidade civil objetiva.¹⁵⁰

A culpa *in eligendo* não precisa mais ser provada, tornando-se legalmente irrelevante, o que se mostra compatível com a ideia de que o empregador é o responsável pelos riscos de toda a atividade desenvolvida e, portanto, também pelos atos de seus empregados que causarem prejuízos a terceiros.¹⁵¹

É justamente sob o argumento da responsabilidade pelos atos dos empregados que se cogita a possibilidade do monitoramento, dentre outras tarefas e peculiaridades, do e-mail corporativo. Essa prerrogativa seria conferida ao empregador por ser ele o único responsável por todo e qualquer prejuízo advindo, por exemplo, da má utilização da ferramenta eletrônica, sem falar dos possíveis danos à imagem e ao patrimônio empresarial, como preconiza Carneiro¹⁵²: “... a imagem e a honra a serem respeitadas são as do empregador, uma vez que o computador e o e-mail corporativos se prestam ao uso exclusivamente laboral...”.

¹⁴⁸ Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.[...]

¹⁴⁹ Súmula 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

¹⁵⁰ FILHO, Rodolfo Pamplona. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil Brasileiro. **Revista TST**, Brasília, DF, a. 70, n. 1º, jan/jun 2004. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313028/6.+Responsabilidade+civil+nas+rela%C3%A7%C3%B5es+de+trabalho+e+o+novo+C%C3%B3digo+Civil+brasileiro>> Acesso em: 08. Set. 2012, p. 108.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² CARNEIRO, O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais, p. 89.

Nesse sentido também é a posição de Ana Amélia Menna Barreto de Castro Ferreira¹⁵³, ao afirmar que com a recente proliferação de ações prejudiciais às empresas, causados por recursos tecnológicos cada vez mais avançadas, tem-se hoje como imprescindível a adoção de métodos de prevenção que protejam as informações, principalmente as confidenciais, que trafegam pelas redes corporativas. Busca-se inclusive evitar a responsabilização das empresas por possíveis danos causados por atitudes danosas de terceiros e ainda preservar todo seu sistema operacional, evitando transtornos causados por eventuais invasões e ataques virtuais.

Ferreira¹⁵⁴ cita os casos corriqueiros como transferências de arquivos e programas de internet, os chamados downloads, a instalação de programas sem as devidas licenças legais e, portanto, sem garantias usuais e ainda acessíveis por terceiros de má-fé que busquem interceptar informações confidenciais.

Os casos acima relatados são apenas alguns de um universo infinito que podem ocorrer diante do uso da internet e do correio eletrônico por parte dos empregados, entretanto a possibilidade de coibir e fiscalizar todas essas circunstâncias seria através do monitoramento eletrônico, em especial o do e-mail fornecido pela empresa.

A autora ainda relata que as empresas, visando evitar o uso indevido de seu sistema operacional e indesejáveis problemas de invasão de dados, envio e retransmissão de arquivos e mensagens divulgando práticas criminosas, prática de fraudes eletrônicas e violação de propriedade intelectual, entre outros, devem reprimir o uso inadequado das ferramentas eletrônicas, através da fiscalização do agir dos funcionários e do monitoramento eletrônico do e-mail corporativo. Por fim, defende que esse poder de fiscalizar não estaria ferindo a intimidade e a privacidade dos empregados, tampouco violando o sigilo das correspondências, pois estaria o empregador defendendo-se e prevenindo-se em relação à futura responsabilização criminal por ato de seus empregados.¹⁵⁵

Apesar da opinião de Ferreira, a qual é acompanhada por vários outros doutrinadores, ter respeitáveis fundamentos, importa dizer que não se compartilha do entendimento acima exposto. Para firmar posição distinta, é salutar a contribuição de Carolina Bracks Duarte e Carolina Tupinambá¹⁵⁶ ao defenderem métodos de fiscalização eficazes, que resguardem os

¹⁵³ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Correio Eletrônico Corporativo – Aspectos Jurídicos**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, SC, 16 dez. 2008. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/2088> Acesso em: 02 Set. 2012.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ DUARTE, **Direito à intimidade do empregado x Direito de propriedade e Poder Diretivo do Empregado**, p. 15.

interesses do empregador, mas também respeitem a privacidade e a intimidade dos empregados.

Trata-se, no caso da internet, por exemplo, da instalação de bloqueadores de acesso a determinados sites. Ao proceder desta maneira, o empregador está previamente delimitando quais são os sites disponíveis e necessários à prestação dos serviços, e mais, ele passa a agir com o intuito de prevenir comportamentos futuros, bloqueando o acesso a sites não relacionados com o serviço rotineiro e deixa de agir de forma investigativa, submetendo seus empregados a constantes monitoramentos, sendo que já estão bloqueados os acessos inapropriados.¹⁵⁷

Em relação ao e-mail corporativo, Carneiro¹⁵⁸ invoca a boa-fé objetiva, que deve nortear a relação entre empregado e empregador, para defender que cabe ao empregador informar aos seus empregados, seja no contrato de trabalho, nos regulamentos e códigos de condutas estabelecidos internamente ou nas normas coletivas, as regras para correta utilização e conduta exigida diante das comunicações eletrônicas e a responsabilidade dos trabalhadores em relação a dados e informações confidenciais relativos ao trabalho que possam vir a trafegar pelos e-mails. O empregador ao agir nesses parâmetros já está informando aos empregados qual a conduta desejada dentro da corporação, mantendo respeito à privacidade e, ao mesmo tempo, protegendo seu patrimônio de forma a propiciar um ambiente de trabalho digno e produtivo.

O ponto a ser debatido nesse embate é que o resguardo dos interesses patrimoniais do empregador é ônus seu e de ninguém mais. Entretanto qualquer atitude do empregador que vise proteger sua empresa não poderá ser prejudicial aos direitos fundamentais dos empregados. O agir empresarial somente será legítimo e lícito quando garantir a proteção dos direitos constitucionalmente tutelados e os demais direitos trabalhistas.

A opção de fiscalizar ou não seus empregados é do empregador, bem como todos os custos advindos desta escolha. Em caso de haver vários métodos ou procedimentos para concretizar o poder de fiscalização do empregador e preservar a segurança da empresa, bem como evitar futuras responsabilizações em caso de atitudes danosas por parte dos empregados, o empregador deve optar pela mais benéfica aos empregados.

¹⁵⁷ DUARTE, **Direito à intimidade do empregado x Direito de propriedade e Poder Diretivo do Empregado**, p. 15.

¹⁵⁸ CARNEIRO, **O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais**, p. 90.

Nesse sentido posiciona-se Barbosa Júnior¹⁵⁹, ao comparar a questão das revistas íntimas com o monitoramento do e-mail corporativo. Em relação às revistas feitas nos empregados, revela tratar-se da maneira mais simples, acomodada e, principalmente, ilegítima e ilegal de defesa do direito de propriedade, já que está a violar a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Pode-se verificar que cabe ao empregador fazer uso das ferramentas disponíveis de modo legítimo, sendo tal legitimidade verificada somente diante da preservação da privacidade e intimidade dos empregados. Como já exposto, o empregador é que decide envolver-se na atividade econômica e se os custos para proteger seu patrimônio de forma legítima forem altos, devido à exigência de tecnologia avançada ou quadro de pessoal para viabilizar o controle, será ônus unicamente próprio fiscalizar a prestação dos serviços e evitar prejuízos ao seu empreendimento, respeitando os direitos fundamentais em questão.

O empregador possui, portanto, diversas maneiras para resguardar sua empresa e evitar prejuízos futuros. Certo é, entretanto, que os riscos podem ser minimizados e evitados através de outras ferramentas, que não o monitoramento das correspondências corporativas eletrônicas. Pode-se limitar o envio de e-mails, através de bloqueio de arquivos não relacionados com a empresa ou por ela não disponibilizados, limitar os destinatários, investir em programas antivírus para evitar fraudes e ilegalidades virtuais, delimitar o acesso ao e-mail corporativo para somente as atividades essenciais, entre outros. Enfim, as possibilidades oferecidas ao empregador para salvaguardar seu patrimônio e evitar transtornos futuros, sem violar a privacidade dos empregados, são diversas.¹⁶⁰

Ao aventurar-se na atividade econômica, assume o empregador o risco e compromisso de arcar com qualquer ônus, entretanto seu agir deve ser em conformidade com os limites e diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal. Um dos pontos chave na questão do monitoramento do e-mail corporativo é que, além de responsabilidade pela atividade, o empregador é parte na relação estabelecida e deve agir também conforme os ditames da honestidade, confiança e responsabilidade social, pautando suas condutas na confiança e evitando danos, de qualquer natureza, a outra parte. Trata-se, portanto, da incidência da boa-fé objetiva na relação de emprego, a qual será analisada diante da possibilidade de monitoramento da correspondência eletrônica corporativa.

¹⁵⁹ BARBOSA JUNIOR, Flávio. **Direito à intimidade** – direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: Ltr, 2008, p. 28.

¹⁶⁰ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. **Direito à intimidade do empregado x Direito de propriedade e Poder Diretivo do Empregado**, p. 11.

3.4 A boa-fé objetiva e seus desdobramentos em relação ao monitoramento eletrônico

A ética empresarial, estritamente ligada à confiança que se espera das partes envolvidas em uma relação, não deixa de vigorar na vinculação entre empregado e empregador, sendo, na verdade, um dos pilares sob o qual se estrutura o contato social diariamente desenvolvido.

Observa-se que, ao proporcionar um e-mail e o acesso à internet, o empregador está a depositar no empregado a confiança de que irá utilizá-lo de maneira adequada, objetivando apenas a persecução dos fins laborais que lhe são incumbidos. Qualquer atitude do empregador, no sentido de monitorar o e-mail dos seus empregados, no momento em que desejar, sem quaisquer restrições ou obediência aos preceitos legais, estará ele lançando a suspeita de que todo e qualquer empregado pode agir de maneira censurável e, indo além, que qualquer empregado agiu, está agindo ou poderá agir de maneira dolosa e prejudicando a empresa¹⁶¹.

No mesmo sentido, posiciona-se Jose Affonso Dallegrave Neto¹⁶² ao dizer que na área empresarial, a conduta das corporações não pode ser pautada na desconfiança ou presunção de que seus empregados são ímprobos, visto que a presunção ética, moral e legal é, e deve ser sempre, a de que todos são inocentes, inclusive havendo proteção constitucional em relação à presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), e que agem de boa-fé, até que se prove o contrário.

A posição de Dallegrave Netto remete ao princípio da boa-fé objetiva, já tratado no primeiro capítulo, o qual estabelece que em relações contratuais, entre as quais está a relação estabelecida entre empregado e empregador, deve haver a observância de lealdade, confiança, transparência e cooperação. O agir das partes, assim como em qualquer outro negócio jurídico e, nesse caso, do empregador, deve ser de maneira a evitar danos ao empregado, bem como abster-se de comportamentos que falseiem ou desequilibrem a relação estabelecida.

A boa-fé objetiva impõe ainda limites à atuação do empregador diante do poder empregatício que lhe é oponível diante dos empregados. No caso dos e-mails corporativos, ao decidir pelo monitoramento, o empregador estará excedendo os limites impostos pela boa-fé e abusando do seu direito de fiscalizar a prestação laboral.

¹⁶¹ GIORDANI, O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado? , p. 915

¹⁶² DALLEGRAVE NETO apud GIORDANI, p. 915

A confiança que deve pautar a relação entre empregado e empregador deve ser estável e continuada, como defende Américo Plá Rodriguez¹⁶³, o qual também sustenta que no Direito do Trabalho, além da criação de direitos e obrigações de ordem patrimonial, há a incidência de direitos e obrigações de ordem pessoal, exigindo-se das partes a confiança recíproca em múltiplos planos, em direções opostas e, principalmente, por um período prolongado de tempo.

Em relação à confiança recíproca que deve permear a relação empregatícia, é também interessante o aspecto levantado por Euler Sinoir de Oliveira¹⁶⁴, que questiona, por um momento, a probidade da outra parte da relação. O autor suscita a questão de que o empregador, se desejar, independente de utilizar os meios legais ou não, além de monitorar a correspondência eletrônica corporativa de seus empregados, pode também, usando programas específicos para este fim, tendo os elementos disponíveis como o usuário e a senha do e-mail, não estando satisfeito com o trabalho desenvolvido pelo empregado e com o objetivo de não arcar com os custos de uma rescisão contratual sem justa causa, usar os meios que dispõe e abarrotar o e-mail do empregado com mensagens não relacionadas ao emprego, sejam elas pessoais ou até mesmo de cunho sexual e criminal e assim obter a rescisão por justa causa? Se há desconfiança em relação a um ou mesmo todos os empregados, também se pode desconfiar de um ou todos os empregadores, ou não?

Considerando então que tanto empregado quanto empregador estão incumbidos de agir conforme determina a boa-fé, não se admite que o empregador, pela simples desconfiança imotivada, decida arbitrariamente monitorar os e-mails e ainda fundamentar seu agir no simples fato da outra parte ser empregado e, por isso, estar sob seu controle na empresa, bem como considerá-lo como sujeito que pode ou certamente vai praticar atos ilegais ou que prejudique a imagem e funcionamento da corporação.

Ao firmar posição de que ao empregador é defeso agir em desconformidade com o que determina a boa-fé objetiva e que suas condutas devem basear-se em confiança e probidade para com seus empregados, é que se vislumbra adiante a questão de instrumentos, sejam individuais ou coletivos, em que o(s) empregado(s) renuncie(m) a qualquer direito já conquistado e que lhe(s) garanta uma atuação digna e respeitada no local de trabalho.

¹⁶³ RODRIGUES, Américo Plá apud VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p. 311.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Euler Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, a. 30, n. 55, jul/dez 2005. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_55_n_2_2005> Acesso em: 05. abr. 2012.

3.5 A indisponibilidade da privacidade e da intimidade no ambiente de trabalho

É preciso atentar para um fato frequentemente ocorrido no âmbito trabalhista, principalmente quando da tentativa do empregador valer-se de meios ilegítimos para fiscalizar e controlar seus empregados. Trata-se de cláusulas contratuais em que os empregados renunciam ou transacionam acerca da privacidade e intimidade que lhes é assegurada no ambiente de trabalho. Primeiramente frisa-se que qualquer disposição nesse sentido será nula de pleno direito.¹⁶⁵

A privacidade e a intimidade, bem como os demais direitos fundamentais que acompanham toda a vida do indivíduo enquanto empregado caracterizam-se como direitos indisponíveis e irrenunciáveis, pois são os direitos mínimos a assegurarem a dignidade ao trabalhador.¹⁶⁶

Assim como grande parte das normas trabalhistas, os direitos fundamentais e, em especial, a privacidade e a intimidade, revestem-se de caráter público e interesse social, sendo impossível afastá-los mediante autonomia das partes, até porque não se sustentaria ter uma gama de direitos mínimos se estes pudessem ser renunciados ou transacionados pelos trabalhadores.¹⁶⁷

Diante do caráter indisponível e irrenunciável, é vedado ao empregado abrir mão dos direitos a ele garantido constitucionalmente, entretanto sua condição vulnerável praticamente lhe obriga a aceitar as imposições contratuais do empregador. Ocorre que o empregado ao aceitar, por exemplo, cláusula em que renuncie acerca da sua privacidade e permita ao empregador monitorar o e-mail ou a existência de normas coletivas ao dispor sobre tal possibilidade, incidirá em ambos os casos a nulidade absoluta das disposições.

Delgado¹⁶⁸, acerca da ocorrência de nulidades absolutas, ressalva que normas individuais ou coletivas que trabalho que ferem interesses públicos e sociais, como o caso de norma em que o empregado renuncie à privacidade no ambiente de trabalho e permita o monitoramento do e-mail fornecido pela empresa, sobrepõe-se a interesses meramente

¹⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 48-49.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 49

¹⁶⁷ VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p. 327-328.

¹⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de trabalho** – caracterização, distinções, efeitos. São Paulo, LTR, 1999, p. 128 e s.

privados e, portanto, são absolutamente nulas, independentemente de prejuízo efetivo aos empregados.

A nulidade absoluta é evidente diante do caráter de fundamental que possuem os direitos à privacidade e à intimidade, não havendo a necessidade de comprovação de real monitoramento ou fiscalização do e-mail do empregado, pois a simples disposição acerca da possibilidade de ocorrência dessas interferências já anulará a norma de imediato.

A Consolidação das Leis do Trabalho é clara nesse sentido, conforme se depreende da leitura dos artigos 9º, 444 e 468, os quais, sistematicamente, remetem ao entendimento de que qualquer disposição ou ato que fraudar a aplicação dos direitos e preceitos garantidos na própria CLT serão nulos de pleno direito, podendo as partes livremente pactuar desde que seu agir não enseje violação às disposições de proteção ao trabalho e, mesmo diante do mútuo consentimento em relação a qualquer circunstância que envolva o contrato de trabalho, não poderá haver prejuízo direto ou indireto aos empregados, por estarem em posição inferior e de hipossuficiência.

Estabelecida então o caráter indisponível dos direitos fundamentais que acompanham o trabalhador no decorrer da vida laboral, buscam-se soluções alternativas, em que o empregador garanta a proteção ao seu patrimônio, mas ao mesmo tempo respeite os empregados, utilizando métodos eficazes e legítimos, os quais podem ser assim elencados se antes passarem por uma avaliação, orientados pela razoabilidade e proporcionalidade.

3.6 Proporcionalidade e razoabilidade para aferir a legitimidade do método de fiscalização

As afirmações até então expostas remetem à proibição do empregador agir, nas dependências de sua empresa, como se o senhor maior fosse, decidindo tudo de forma arbitrária e impondo o que se pode ou não fazer, travestindo-se em uma visão moderna de senhor feudal em seus domínios.¹⁶⁹

Deve-se compreender o poder empregatício em uma dimensão constitucional, como a faculdade conferida ao empregador para implantar, no ambiente de trabalho, sua cultura

¹⁶⁹ GIORDANI, O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado? , p. 916.

própria, regulamentando as atividades, fiscalizando-as e punindo quem as descumprir. Entretanto todas essas prerrogativas devem ser exercidas em compatibilidade com as disposições da Magna Carta, as quais apontam para o trabalho prestado com respeito à dignidade da pessoa humana e os demais direitos e garantias inerentes a todos os indivíduos.

Por óbvio que o respeito aos trabalhadores e seus direitos não pode servir para obstaculizar a proteção ao patrimônio empresarial e permitir práticas ilícitas, bem como defender a irresponsabilidade de alguns trabalhadores e o mau uso que podem fazer do e-mail corporativo. O interesse empresarial, entretanto, pode e deve ser protegido no âmbito do trabalho, desde que através de meios legítimos, na medida em que são integrados à atividade da empresa sem desrespeitar o empregado, nem limitando sua privacidade.¹⁷⁰

Desta maneira, pode-se atentar para o caso do empregador exercer o poder de fiscalização, inerente ao poder empregatício, observando a proporcionalidade e a razoabilidade.

Primeiramente, no tocante à razoabilidade, observa-se que tal princípio remete aos limites que devem ser observados diante da adoção de uma medida. A efetivação do direito de propriedade do empregador não deve ocorrer ao ponto de permitir absurdos, como a invasão total à privacidade dos empregados; do contrário, estar-se-ia admitindo a adoção de uma solução imoderada, ilegítima e inaceitável, em se tratando de Estado democrático de direito como é o caso do ordenamento pátrio.¹⁷¹

A proporcionalidade, por sua vez, irá ponderar os valores e princípios contrapostos. No caso do poder de fiscalização, há a restrição e limitação dos direitos à privacidade e intimidade do empregado, necessitando haver um juízo de ponderação acerca dessas limitações para legitimá-las.

Para verificar se a medida adotada pelo empregador para efetivar seu poder de fiscalização será legítima, faz-se uma aferição da proporcionalidade em seus três elementos, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação garante que o meio escolhido é apto para alcançar o objetivo pretendido¹⁷², ou seja, se a maneira escolhida para fiscalizar a atividade exercida pelo empregado garante a proteção dos interesses empresariais.

¹⁷⁰ GIORDANI, **O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado?** p. 917.

¹⁷¹ VECCHI, **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional, p. 317-318.

¹⁷² BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, p. 397.

A necessidade traz que a medida somente será legítima desde que necessária e indispensável, ao passo em que havendo mais de um meio, faz-se mister escolher o menos lesivo ao interesse contraposto.¹⁷³ Conforme já debatido, ao empregador são disponíveis diversas opções para fiscalizar a prestação dos trabalhos, sendo que a necessidade da medida por ele escolhida será verificada ao adotar um meio que garanta a proteção e cumprimento das tarefas impostas e que ao mesmo tempo seja o menos invasiva possível na esfera íntima e privada dos trabalhadores.

Por fim há de se observar a proporcionalidade em sentido estrito, em que a medida a ser escolhida deve ser a que levar mais em conta os interesses contrapostos¹⁷⁴. Assim, as vantagens obtidas com a fiscalização da atividade laboral devem ser superiores às desvantagens proporcionadas ao empregado por ter sua conduta acompanhada continuamente.

Uma vez então caracterizado o conflito entre o direito de propriedade e a intimidade e privacidade, há a necessidade de ponderar os interesses contrapostos na busca pela melhor solução, atribuindo-se uma especial relevância às dimensões fáticas do problema. Entretanto, a ponderação somente será legítima se antes observado o núcleo essencial do direito afetado.

O núcleo essencial de um direito fundamental é o conteúdo mínimo e inatingível a ser preservado em qualquer situação, sendo um limite que se ultrapassado incorre em inconstitucionalidade. Assim, verifica-se que a ponderação de direitos contrapostos somente é legítima se respeitado o núcleo essencial do direito em questão.

Otto Prado¹⁷⁵ expõe que o núcleo essencial ou conteúdo essencial seria o limite além do qual não é possível limitar um direito fundamental, isto é, seria o limite à possibilidade de limitar.

Dessa maneira, como preceitua Giordani¹⁷⁶, a proporcionalidade, em relação à disparidade de forças, entre empregado e empregador, para fazer valer seus interesses, deve servir para compensar o desequilíbrio existente e não para aprofundá-lo.

No mesmo sentido posiciona-se Amadeu Guerra¹⁷⁷, para quem a incidência da razoabilidade e proporcionalidade legítima apenas aqueles tratamentos de dados de ordem

¹⁷³ Ibidem

¹⁷⁴ Ibidem, p. 398.

¹⁷⁵ PRADO, Otto apud MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções**. Niterói: Labor Juris, 2000, p. 65.

¹⁷⁶ GIORDANI, **O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado?**, p. 916.

¹⁷⁷ GUERRA, Amadeu. **A Privacidade no Local de Trabalho**. Lisboa: Almedina, 2004, p. 328-329.

pessoal desde que se revelem necessários para o exercício da atividade econômica do respectivo responsável.

Afirma-se então que qualquer procedimento com intuito de fiscalizar a atividade prestada pelo empregado e, em especial, o e-mail fornecido pela empresa, deve passar pelo crivo da proporcionalidade e se verificado que é adequado, pois vislumbra a fiscalização do serviço prestado, entretanto não é necessário, pois haveria outros modos menos lesivos, e nem proporcional, pois suprimiu um direito de maior relevância do que aquele que se buscou tutelar, não poderá ser admitido tal procedimento de fiscalização.

Ademais, qualquer processo de ponderação somente será legítimo diante da observância do núcleo essencial do direito a ser restringido, de forma que não se atinja aquele conteúdo mínimo e inviolável, o que resultaria na extirpação do próprio direito.

CONCLUSÃO

Em termos conclusivos, o presente estudo buscou verificar a constitucionalidade do monitoramento do e-mail corporativo do empregado por parte do empregador. Verificou-se que a contenda põe, frente a frente, interesses contrapostos, sem a devida regulamentação legal, mas que podem encontrar o equilíbrio necessário quando analisados sob as lentes da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana, classificada como superprincípio, de caráter relevante para todo o ordenamento, fonte inclusive de outros princípios e de vários direitos fundamentais, mostra-se o ponto de partida para enfrentar a questão. O empregado, que antes de desempenhar qualquer função é sempre carecedor da máxima proteção enquanto ser humano, não perde esta qualidade ao adentrar no âmbito empresarial. Ao contrário, é justamente sob essa circunstância que o respeito à dignidade deve ser alçado ao grau máximo, por ser, o empregado, a parte vulnerável e com autonomia reduzida na relação.

Os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, surgidos a partir da irradiação da dignidade da pessoa humana, devem acompanhar o sujeito durante toda a empreitada laboral, não sendo possível afastar sua incidência nem diante de concordância por parte do empregado. Ademais, são oponíveis perante relações privadas, de forma ponderada, sendo que o empregador, nesse caso, pode ser sujeito passivo de um direito fundamental e estará a ele vinculado.

Em um primeiro momento, verificou-se que os princípios incidentes na relação de emprego não são aplicados indistintamente, devendo haver uma harmonia entre seus preceitos. A relevância, entretanto, sempre será em respeito à dignidade que o empregado possui pelo simples fato de ser humano, lhe sendo garantida a proteção necessária para se desenvolver profissionalmente e como alguém que contribui para o avanço social.

Em contraponto, observou-se que o empregador, detentor do poder empregatício, deve legitimar seu direito, conformando-o com os mandamentos de um Estado democrático de direito, efetivando o direito de propriedade em consonância com a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a defesa dos direitos fundamentais.

O direito de propriedade só se mostra legítimo diante da observância dos demais preceitos constitucionais e essa evidência não resulta em ofensa ao direito de propriedade, mas sim revela o seu requisito de legitimidade, que é o exercício do direito com vistas a

fundamentar a própria razão de existir do Estado e do Direito, que é a proteção dos indivíduos enquanto seres humanos.

Doravante, ao se tratar do e-mail corporativo, vislumbrou-se que se equipara à correspondência usual, por ter como objetivo afim passar uma mensagem para outrem e, portanto, está ao abrigo da inviolabilidade do sigilo das correspondências. O fundamento do direito de propriedade sobre os equipamentos de informática mostra-se insuficiente para legitimar o direito do empregador para monitorar o e-mail corporativo, na medida em que o interesse patrimonial não se sobrepõe aos direitos fundamentais.

Assim, somente é possível a fiscalização do e-mail corporativo em casos excepcionais, elencados na lei e desde que atendidos os requisitos legais, em especial a necessidade de se obter ordem judicial e somente em caso de suspeita de prática definida como crime. Em outros termos, o mero interesse patrimonial e econômico não fundamenta a interceptação e nem autoriza a concessão de medida judicial para interceptar o e-mail.

Salientou-se também a existência de diversos outros métodos, os quais atingem perfeitamente o objetivo de fiscalizar a prestação dos serviços, evitar prejuízos e precaver possíveis fraudes. Os mecanismos a serem utilizados, entretanto somente se legitimam se exercidos em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, desde que, o método respeite o núcleo essencial do direito a ser relativizado, neste caso, a intimidade e a privacidade.

De forma concreta, a ideia presente neste trabalho e que fica em mente é que o monitoramento do e-mail corporativo, por si só, embasado no direito de propriedade e na proteção aos interesses empresariais, é um procedimento inconstitucional, na medida em que resulta em total desrespeito à dignidade da pessoa humana, deixando de considerar o empregado como um ser social, que necessita de proteção íntegra no ambiente de trabalho, elevando-o a posição de sujeito ímprobo, o qual deve ser fiscalizado, pois já se pressupôs que cometerá atos ilícitos e prejudicará a empresa.

O debate acerca da constitucionalidade do monitoramento deve ocorrer conforme os preceitos da Constituição Federal e justamente ao proceder dessa maneira, foi possível desenvolver soluções diferenciadas, mas também úteis para a fiscalização do trabalho.

O Direito do Trabalho, debatido sob o viés constitucional, leva o ser humano ao estado de plenitude, evoluindo e aprimorando-se para cada vez progredir e, juntamente com o restante da sociedade, fazer do trabalho um instrumento de progresso.

Por fim, sustenta-se que o presente estudo não visa pacificar a questão que envolve o monitoramento do e-mail corporativo, mas tão somente contribuir para o debate acerca do eterno conflito entre o direito de propriedade e demais direitos fundamentais. Entretanto, novamente frisa-se que o objetivo almejado, ao vislumbrar tais questões em demandas similares, deverá calcar-se em soluções que busquem a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, focada na proteção integral aos seres humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade** – direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: Ltr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **O princípio da unidade da Constituição**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 37 n. 145, jan/mar 2000.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas**: práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 Abr. 2012.

BRASIL, **Constituição Federal** (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 09 Jun. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de Julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 04 Set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 341**. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 01 Set. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. **Processo n. 613/2000-013-10-00.7**. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 10 jun. de 2005. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 07 set. de 2012.

- CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais. **Revista do Direito do Trabalho**, São Paulo: RT, a. 33, n. 127, jul/set 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. Saraiva, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. **Contrato de trabalho – caracterização, distinções, efeitos**. São Paulo: LTR, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x Direito de propriedade e Poder Diretivo do Empregado. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, a. 28, v. 105, jan/mar 2002.
- FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1990.
- FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Correio Eletrônico Corporativo – Aspectos Jurídicos**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, SC, 16 dez. 2008. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/2088> Acesso em: 02 Set. 2012
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1997.
- FILHO, Rodolfo Pamplona. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil Brasileiro. **Revista TST**, Brasília, DF, a. 70, n. 1º, jan/jun 2004. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313028/6.+Responsabilidade+civil+nas+rela%C3%A7%C3%B5es+de+trabalho+e+o+novo+C%C3%B3digo+Civil+brasileiro>> Acesso em: 08. Set. 2012.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Direito do trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH Editora, 2006.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado? **Revista LTr**, São Paulo: LTr, a. 75, n. 08, ago. 2011.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GRASSELLI, Oraci Maria. **Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA Sérgio Sérulo da. **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Amadeu. **A Privacidade no Local de Trabalho**. Lisboa: Almedina, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

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

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. 4 ed. São Paulo: LTr, 1992.

LIPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da internet. **Revista LTr**, São Paulo, v. 62, n. 4, abr. 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Quebra da inviolabilidade de correspondência eletrônica por violação da boa-fé objetiva**. São Paulo: Quarter Latin, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções**. Niterói: Labor Juris, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana.** São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho.** 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios.** São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Euler Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, a. 30, n. 55, jul/dez 2005. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_55_n_2_2005> Acesso em: 05. abr. 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

RUARO, Regina Linden; HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. A eficácia dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: O monitoramento de dados eletrônicos pelo empregador público e privado. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS, n. 246, a. 21, jun. 2004.

SAKO, Emília Simeão Albino. Uso laboral e extralaboral do correio eletrônico e internet. Controle patronal indevido ou abusivo. Lesão aos direitos fundamentais de sigilo das comunicações e privacidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, a. 35, n. 65, jul/dez 2010. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista%2065%20_2_2010> Acesso em: 10. Mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Ajuris 66, 1996.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

SILVA, Edison Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.