

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

UBIRAJARA CARLOS MENDES

**DIREITO À INTIMIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOB A
PERSPECTIVA DA (IM)POSSIBILIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO
INDIVÍDUO NO AMBIENTE EMPREGATÍCIO**

CURITIBA

2012

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

UBIRAJARA CARLOS MENDES

**DIREITO À INTIMIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOB A
PERSPECTIVA DA (IM)POSSIBILIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO
INDIVÍDUO NO AMBIENTE EMPREGATÍCIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, na área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Wilson Ramos Filho
Co-orientador: Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

UBIRAJARA CARLOS MENDES

DIREITO À INTIMIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOB A
PERSPECTIVA DA (IM)POSSIBILIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO
INDIVÍDUO NO AMBIENTE EMPREGATÍCIO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Wilson Ramos Filho
Orientador/UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Co-orientador/UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil

Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka
Membro/UNICURITIBA – Universidade Curitiba

Curitiba, 14 de dezembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

Ao longo de nossa jornada de vida o conhecimento recebido de nossos mestres representa mais do que a inflexão primeira sobre aportes racionais e técnicos que municiam à execução de melhores tarefas, agregam-se ao nosso ser como elementos indissociáveis e expressamos, apesar da não lembrança específica de cada ensinamento, um conjunto de informações que nos impregnam e representam um pouco do que somos e somos parte do que recebemos, identificando-nos internamente em diversos ambientes. Somos um pouco de todo o conhecimento recebido e dos ensinamentos proveitosos da convivência intelectual e conspiração ao melhor. A eles, nossos ensinadores, os nossos primeiros agradecimentos: a todos os professores do programa de Mestrado da Unibrasil – Faculdades integradas do Brasil, em especial ao Dr. Wilson Ramos Filho, meu orientador, ao Dr. Paulo Schier, co-orientador neste trabalho, motivadores pessoais por suas condutas de livres pesquisadores e homens construtores de um melhor direito. À Dr.^a Carol Proner, diferenciadamente motivadora da operação de concretização e efetiva realização dos direitos humanos. Ao Dr. Paulo Opuszkza pelos aportes e dedicação de seu tempo. Agrego o prazer de inserir a UNIBRASIL como a mais recente entidade a povoar meu coração e respeito, somando-se ao meu Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, que me propiciou esta oportunidade, a Universidade Estadual de Ponta Grossa e a gloriosa Ordem dos Advogados do Brasil. Ao Dr. Luiz Eduardo Gunther, palavra boa a qualquer tempo. À Angela, dínamo gerador de ideias. À Cristina, pela dedicação do seu tempo para me conferir mais tempo. Destacadamente um agradecimento à Gláucia que não mediu esforços no auxílio à pesquisa e no contraponto às ideias, enumerando diversas situações reais de interesse ao tema, com a acuidade que lhe é própria. Separadamente agradecer à minha família, onde todos falam um pouco da “língua” do direito, pelo sempre presente estímulo: À Geisla, minha mulher, fonte inesgotável de inspiração ao bem, mestranda da Unibrasil, pelo apoio e ajuda. Aos filhos Renan e Saulo pelo carinho da convivência e compreensão da ausência. À Lya Carla de viva lembrança. Por último porque eles são os primeiros, ao Luiz e Nair. Sobretudo a Deus, sempre.

Uma sociedade que instituiu, como valores a perseguir, esses que nós sabemos, o lucro, o êxito, o triunfo sobre o outro e todas estas coisas, essa sociedade coloca as pessoas numa situação em que acabam por pensar (se é que o dizem e não se limitam a agir) que todos os meios são bons para se alcançar aquilo que se quer.

Falamos muito ao longo destes últimos anos (e felizmente continuamos a falar) dos direitos humanos; simplesmente deixamos de falar de uma coisa muito simples, que são os deveres humanos, que são sempre deveres em relação aos outros, sobretudo.

E é essa indiferença em relação ao outro, essa espécie de desprezo do outro, que eu me pergunto se tem algum sentido numa situação ou no quadro de existência de uma espécie que se diz racional. Isso, de fato, não posso entender, é uma das minhas grandes angústias.

José Saramago

SUMÁRIO

RESUMO.....	VII
RESUMEN.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUÇÃO.....	1
1 MUNDO DO TRABALHO – PARADIGMA EM EVOLUÇÃO	7
1.1 TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS – MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E ALIENAÇÃO DO TRABALHADOR EM FACE DA SUBSTANCIAÇÃO PRODUTIVA.	9
1.2 EFEITOS TRANSVERSOS DAS TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS E SUAS INFLEXÕES SOBRE A AMBIENTAÇÃO DA INTIMIDADE NO TRABALHO.	38
1.3 O CONSTITUCIONALISMO E O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO BLINDAGEM COLETIVA E INDIVIDUAL AOS EFEITOS DELETÉRIOS DAS TRANSFORMAÇÕES	52
2 DIFRAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE EM FACE DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.....	73
2.1 FUNDAMENTOS DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.....	75
2.1.1 <i>A subordinação jurídica do empregado ao poder diretivo do empregador como fator precarizante.</i>	83
2.2 CONCEPÇÕES INERENTES AO DIREITO À INTIMIDADE	101
2.2.1 <i>Direito à intimidade e à vida privada – fundamentos protetivos</i>	106
3 DIREITO À INTIMIDADE NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. PRECARIZAÇÃO DA PROTEÇÃO LEGAL E (IM)POSSIBILIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO EMPREGADO. SOLUÇÕES POSSÍVEIS	121
3.1 A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE COMO DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	122
3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – A ESPECIFICIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	129
3.3 COLISÃO DE INTERESSES – OS LIMITES DOS LIMITES E A DIGNIDADE HUMANA COMO CONTEÚDO IMPONDERÁVEL DO DIREITO À INTIMIDADE	137
3.4 DEFESA DA INTIMIDADE E POSSIBILIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO PELO TRABALHADOR	164
CONCLUSÕES.....	180
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	184

RESUMO

Iniciando por uma abordagem histórica e legislativa sobre as matrizes do Estado Democrático de Direito e dos fundamentos em que se assenta o efeito precarizante do paradigma trabalho, o presente estudo propõe uma análise sobre o decréscimo que sofre o trabalhador quando passa a ostentar a condição de empregado, e de como os elementos estruturantes da relação de emprego, notadamente a subordinação e a onerosidade, contribuem para esta deformação. Para tanto, discorre sobre condutas desafiadoras à dignidade humana propagadas no ambiente laborativo, fomentadas pelas inovações tecnológicas e pela gestão capitalista da organização produtiva. Avalia como estes elementos atuam no campo do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador e de que forma eles comprometem seu poder de autodeterminação, desestabilizando, neste contexto, os aportes da autonomia privada. Alguns casos concretos são trazidos ao embate teórico. Aborda a possibilidade de aplicação horizontal imediata do princípio da dignidade humana na relação laboral e, a partir daí, a conflituosidade própria da luta entre os direitos de personalidade do empregado e as garantias e valores empresariais; nesta linha, analisa a possível relatividade de quaisquer deles, sem olvidar o teor preponderante da dignidade humana enquanto núcleo essencial do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador. Toma, em última análise, o significativo trabalho como energia vital, irrecuperável, e, nesta perspectiva, aborda a necessidade de potencializar a proteção do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador como expressão de sua personalidade, justamente pela maior exposição de seu titular, e de conferir ao trabalho um papel verdadeiramente emancipador.

Palavras-chaves: Dignidade da pessoa humana – precarização dos direitos do trabalhador – elementos estruturantes do contrato de trabalho – direito à intimidade e à vida privada – autodeterminação - conflito entre princípios – ponderação – trabalho como energia vital.

RESUMEN

A partir de un abordaje histórico y legislativo sobre las matrices del Estado Democrático de Derecho y de los fundamentos en que se asienta el efecto precarizante del paradigma trabajo, el presente estudio propone un análisis sobre la disminución que sufre el trabajador cuando pasa a ostentar la condición de empleado, y de como los elementos estructurales de la relación de empleo, principalmente la subordinación y la onerosidad, contribuyen para esta deformación. Para tanto, discurre sobre conductas desafiantes a la dignidad humana propagadas en el ambiente laborativo, fomentadas por las innovaciones tecnológicas y por la gestión capitalista de la organización productiva. Evalúa como estos elementos actúan en el campo del derecho a la intimidad y a la vida privada del trabajador y de que forma ellos comprometen su poder de autodeterminación, desestabilizando, en este contexto, los aportes de la autonomía privada. Algunos casos concretos son traídos al embate teórico. Aborda la posibilidad de aplicación horizontal inmediata del principio de la dignidad humana en la relación laboral y, a partir de ahí, la confluencia propia de la lucha entre los derechos de personalidad del empleado y las garantías y valores empresariales; en esta línea, analiza la posible relatividad de cualesquiera de ellos, sin olvidar el contenido preponderante de la dignidad humana mientras núcleo esencial del derecho a la intimidad y a la vida privada del trabajador. Toma, en último análisis, el significativo trabajo como energía vital, irrecuperable, y, en esta perspectiva, aborda la necesidad de potencializar la protección del derecho a la intimidad y a la vida privada del trabajador, como expresión de su personalidad, justamente por la mayor exposición de su titular, y de conferir al trabajo un papel verdaderamente emancipador.

Palabras-claves: Dignidad de la persona humana – precarización del trabajo del trabajador – elementos estructurales del contrato de trabajo – autonomía de la gana – derecho a la intimidad y a la vida privada – derecho de propiedad – autodeterminación - conflicto entre principios – ponderación – trabajo como energía vital.

ABSTRACT

Opening with a historical and legal approach over the matrices of the Democratic State of Rights and the fundamentals in which sits the precarious condition effect of the work paradigm, the present study proposes a analysis over the personality decrease that suffers the worker when he starts to bear the condition of employee, and how the structuring elements of the labor relation, being subordination and onerosity, contribute to this deformity. In order to do so, goes through human dignity challenging behaviors within the labor environment, stimulated by the technological innovations and the capitalist management of productive organization. It rates how these elements act in the field of the right to privacy and the reserved life of the worker and in what form they compromise his power of self-determination, destabilizing, in this context, the contributions from private autonomy. Some real cases are brought in the theory debate. It also goes through the possibility of immediately applying, horizontally, the human dignity principle in the work relation, and from it, the essential conflict over the employee rights of personality and the employers guaranties and values; following the research, it analyzes the possible relativity of any of them, without forgetting the overwhelming content of human dignity as the essential core of the right to privacy and the worker reserved life. It takes, in utmost analyses the meaningful work as vital energy, ever spending, and knowing so, brings the need to potentiate the protection of the rights to privacy and reserved life as an expression of the workers personality, as in the greater exposition of its owner, and giving work a truly emancipating role.

KEY-WORDS: Human Dignity – Workers precarious rights – Structuring elements of the employment contract – Right to privacy and reserved life – self-determination – conflict of principles – deliberation – labor as vital energy.

INTRODUÇÃO

O mundo moderno marcadamente vivencia transformações e avanços em todas as áreas do saber, experimentando a comunicação rápida de conhecimentos, que instantaneamente se projetam e influenciam nas mais diversas áreas da sociedade, impulsionados pelas novas tecnologias e pela nova ordem de interligação de redes sociais, inferindo a comunicação e compartilhamento de informações de forma instantânea, interferindo e envolvendo, para o bem e para o mal, retransmitindo conceitos subjacentes sem a massa crítica da articulação em si, propalando consciências substitutivas sem o acento marginal dos limites e da necessária admissão e submissão às balizas que regulam a própria convivência social, acentuando uma dominação crescente do lugar público como o lugar comum, em detrimento da privacidade e da reserva pessoal.

A sociedade moderna é uma sociedade de fluxos intensos e incessantes transformações que aportam novas realidades e com elas as indefectíveis inovações de estrutura e novas formas de se operar o trabalho deduzido e consequente das adaptações, exigindo novas habilidades intelectuais na execução de tarefas, novas estruturas no ambiente do trabalho e novas definições sobre a figura do trabalhador, sujeito a outras formas de controle e por tais meios mais desprotegido. Será examinada a influência de tais meios tecnológicos sobre a esfera da intimidade.

Se são incontestáveis os benefícios decorrentes das inovações tecnológicas e estes são os efetivamente difundidos pelo mercado e por seus interessados, pois não se vende um produto exaltando os efeitos transversos, por certo e para melhor aproveitamento ético e de aperfeiçoamento, necessária a crítica aos elementos que não se visibilizam diretamente, por isso, se a informática representa um avanço porque possibilita uma produção laboral em menor tempo, resultando maior lucro para o empregador, essa intensidade, por diversas formas, repercute na prática do trabalho do empregado, que pelo mesmo meio se torna vulnerável a um rigorismo exacerbado de controle e manipulação sobre sua atividade, de expressiva vigia não só durante a relação de trabalho como de sua vida privada, ensejam maior possibilidade de

restrição a direitos fundamentais de liberdade, de direito à intimidade, de inviolabilidade de suas correspondências pessoais por meio eletrônico. Examinar-se-á a prospectividade dos direitos fundamentais como aportes resolutivos.

O poder diretivo do empregador passa a se fortalecer com instrumentos trazidos pela tecnologia e esse impacto deve ser considerado nas relações de trabalho, por sua influência direta no *animus* psíquico-emocional do empregado. O direito ao resguardo de intromissões indesejadas é um direito de todas as pessoas e no ambiente de trabalho não é diferente, especialmente porque neste *lócus*, as mais diversas formas abusivas de obtenção da informação representam, sem nenhuma reflexão ou poder contraditório, efeitos diretos à pessoa do trabalhador e ao seu emprego. Pela análise do resultado de tais dados passa a ser **julgado** neste ambiente, de forma absolutamente unilateral, sob os preceitos intelectivos e pessoais de quem o examina.

Submetidas tais questões ao Poder Judiciário evidenciam-se algumas dificuldades para a resposta, algumas naturais ao desenvolvimento de tecnologias que não foram apreciadas pelo Poder Legislativo, sendo recorrente a ausência de regra específica; outras, a despeito de legisladas, por medida de especificidade e de tipicidade não são seguras a uma solução que se possa atribuir repetibilidade; outras decorrem de que os motivos da vida real, em sua diversidade fática, ensejam hipóteses que não se alinham em expressão de contorno ao dado legal.

Um candidato a emprego aceita submeter-se a exames toxicológicos como condição de futura obtenção de um emprego. Outro cede à exigência de apresentar, ou de renovar a cada período delimitado do vínculo, certidão de antecedentes criminais. Um empregado autoriza seu empregador a rastrear o conteúdo do e-mail concedido para fins corporativos, abrangendo, inclusive, mensagens recebidas de terceiros. Outro aceita, irresignadamente, trabalhar sob constante vigilância por câmeras, e outro, ainda, aceita a condição de ser interpelado a qualquer momento, inclusive em seus momentos de descanso noturno ou lazer com a família. Outro cede parcela de sua intimidade em exames pessoais a fim de proteger o direito patrimonial do empregador.

Em comum, todas estas possibilidades dizem com a contingência de renúncia

a direito fundamental, notadamente com a limitação voluntária do direito à intimidade. Aparentemente banais, todas tocam em pontos centrais dos direitos de personalidade ainda não resolvidos no âmbito do Direito do Trabalho e solvidos de forma ainda muito discutida pelo Direito Constitucional, o que imprime importância ao estudo do tema. É complexa a questão de saber a quem cabe a definição, a autonomia para definir os contornos do direito, tendo como matriz a liberdade individual e as garantias e proteções constantes na Constituição, justamente porque a temática das restrições a direitos fundamentais passa, necessariamente, pela discussão da admissibilidade de limites a posições subjetivas elevadas a um nível máximo de eficácia. Poder-se-ia deduzir que impedir a autodeterminação dos limites de seu direito fundamental seria, para o titular, tão ofensivo à sua dignidade quanto à negação do próprio direito.

É apropriado questionar, portanto, se o titular de direitos precisa ser protegido contra suas próprias decisões quando se está diante de direitos fundamentais, especialmente quando ele está inserido em uma relação jurídica eminentemente desigual, como é a relação de emprego, que se coloca de permeio entre a plena realização do exercício da propriedade e a fundamentalidade de direitos. Ao se empregar a solução servindo-se dos princípios constitucionais em tensão, qual o princípio prevalecente?

Por outro lado, examina-se com frequência pedidos de danos morais decorrentes de situações fáticas de extrema sensibilidade aos requerentes, motivadas por razões de valorações difusas sobre o particular conceito que cada trabalhador tem do conceito de intimidade, sensorizados como resposta a uma frustração de perspectiva pessoal, ocorrendo inúmeras variáveis pessoais que refogem ao campo da materialidade e se locam no campo psicológico.

O primeiro capítulo, sob esta perspectiva, será dedicado à ambientação do trabalhador em um sistema de contínua evolução tecnológica e de submissão a métodos de gestão produtiva frequentemente desestruturantes de sua dignidade, em especial porque o dinamismo que marca a interação entre trabalho, métodos de produção e as novas tecnologias não encontra respaldo satisfatório na evolução legislativa. É sintomático que a facilidade em disseminar a informação redunde em um alargamento do campo de exposição de informações que, por opção do indivíduo,

deveriam ficar circunscritas a um espaço íntimo ou privado. Neste contexto, as novas possibilidades de acesso à informação redimensionam a importância da intimidade e induzem à complexidade de confinar neste conceito elementos outrora por ele identificados.

Como marco teórico está o fundamento absoluto de que toda atividade desenvolvida pelo ser humano exige-lhe o dispêndio de sua energia vital, que não se lhe devolve no momento seguinte e se exaure com cada atividade. Se, de um lado, o pouco conhecimento das repercussões possivelmente causadas pelas novidades tecnológicas redimensiona a importância da privacidade do indivíduo, de outro, cresce o discurso de flexibilização dos direitos trabalhistas. Este terreno, informado por tais conjunturas, é fértil para a mitigação de direitos fundamentais dos empregados, em especial o direito à intimidade e à vida privada.

A opção pelo tema considera, especialmente, que em um ambiente de precarizada regulamentação normativa, o conteúdo de uma decisão judicial tem a prerrogativa de mudar as relações interpessoais e de alargar, pelo viés constitucional, o âmbito de proteção jurídica a um patamar efetivamente compensatório de desigualdades fáticas. Daí se justifica e se impõe, também neste capítulo introdutório, a análise da Constituição como primado principiológico e efetivo da proteção à intimidade e o estruturante fundamento do trabalho como condição de valor social.

O segundo capítulo será dedicado, atomisticamente, aos dois elementos que marcam a conflituosidade que é objeto do presente estudo: de um lado, os fundamentos do poder diretivo do empregador, passando pelas diversas concepções que lhe dão suporte; e de outro, o direito à intimidade e à vida privada do empregado como dimensão da personalidade humana, seus contornos e atributos.

Será examinado o que se concebe nuclearmente por intimidade, abordando este tema não como a concepção de um mero círculo mais interno ao sujeito, mas como um escudo de proteção, um envoltório protegido pelo direito que cerca esta estrutura protetiva da personalidade, concebendo-a no plano de afeição à dignidade humana, seus paralelos – proximidade com direitos humanos e o embasamento legal que lhe dá sustentação.

A intimidade como substrato atrai uma complexidade que lhe é natural e dificulta sobremaneira o disciplinamento propositivo de regras que sirvam à especificidade de hipóteses legais, sendo recorrente o uso de postulados gerais, pois o que concebemos como violações à intimidade estão apenas na superfície aparente de suas descrições. Incursionar neste tema é desvelar o mais profundo, o vago, é tratar com a essência, com a substância humana em sua complexidade existencial, investigar não apenas no plano racional-material como no racional-emocional, e, neste plano, parece que o Direito enuncia uma fragilidade para tratar das emoções: alegria, tristeza, raiva, abalo moral, comoção, etc.

O empregado não se despe de seu direito à intimidade e à vida privada ao ser inserido no ambiente empregatício, o que conduz ao passo seguinte, objeto do terceiro e final capítulo, que é o enfrentamento da colisão deste direito com o poder diretivo do empregador, previsto no art. 2º da CLT, e que lhe confere a prerrogativa de dirigir a prestação de serviços, regulamentar a forma de prestação do trabalho e a utilização dos recursos da empresa, além de fiscalizar e controlar a atividade do empregado. Detendo esta prerrogativa, é possível ao empregador devassar determinados campos da intimidade do empregado, contando, ainda, com o favorecimento das novas tecnologias? Existe um limite para esse poder diretivo em face dos direitos fundamentais? A intimidade é, de fato, um limite para esse poder diretivo?

O trajeto para solucionar este conflito passa, inicialmente, por um estudo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com ênfase para a condição de ascendência do empregador e para a característica assimétrica que este dado imprime ao contrato de trabalho, bem como, a partir da plena eficácia normativa, pelas possibilidades de relativização de direitos. Passa-se, então, para a resolução propriamente do conflito, pela aplicação do princípio da proporcionalidade e pela ponderação racional e equilibrada dos direitos envolvidos, fases que serão sucintamente explicadas. A trajetória teórica compreende, ainda, a inserção de alguns casos concretos especialmente controvertidos, algumas decisões conflitantes e a indicação de alguns parâmetros específicos para uma adequada valoração dos interesses envolvidos.

O item introdutório do terceiro capítulo tratará do princípio da dignidade humana, porque é na dignidade do indivíduo, limite intransponível no processo de ponderação, que se situa o núcleo imponderável do direito à intimidade e à vida privada.

Os dois últimos, a partir dos aportes lançados nos capítulos anteriores, sobre as variações do paradigma trabalho e o decréscimo imposto ao trabalhador pelas deturpações da subordinação enquanto elemento estruturante da relação de emprego tratará justamente desta proposição: evidenciar que a condição de vulnerabilidade do trabalhador subordinado, em um ambiente de proteção legal insuficiente, compromete a livre disposição dos limites de seu direito. Este fator é fundamental na ponderação do conflito e somente a partir dele se poderá, com equilíbrio, elevar os direitos fundamentais à condição de instrumentos compensatórios de proteção contra quem sobre o empregado, embora também detentor de direitos, exerce uma relação de poder.

Buscar-se-á demonstrar que um ambiente empregatício favorável à plena realização material dos valores democráticos deve conformar-se com a centralidade do ser humano e de sua dignidade, em necessário detrimento de argumentos mercadológicos, em especial ao meio imerso em regulações capitalistas de gestão de redução de custo a qualquer outro direito, sediando-se em crises regulares como aportes de terror, de dominação diante do desemprego que serve como demonstrador didático da anulação do trabalhador em si mesmo.

A partir deste encadeamento teórico, bem como de critérios apresentados para casos analisados, torna-se possível encontrar soluções que podem ser aplicadas no exame dos limites e do alcance do direito à intimidade do empregado em hipóteses controversas.

1 MUNDO DO TRABALHO – PARADIGMA EM EVOLUÇÃO

*“Para os seres atentos, o mundo é um só.”
Heráclito*

As transformações no mundo do trabalho são essencialmente significativas porque representam, para a grande maioria das pessoas, a diferença entre estar dentro ou fora do próprio sistema, de ter ou não uma perspectiva de vida pessoal diante da inserção culturalizada de que o dinheiro é poder e o trabalho é o meio de obtenção, a despeito de submissão a um estado de dominação e de subserviência que se sobrepõe por uma também culturalizada minimização social do poder diretivo superior.

Ignacio Ramonet assinala que, no contexto contemporâneo, “dois dos pilares sobre os quais repousam as democracias modernas – o progresso e a coesão social – são substituídos por dois outros – a comunicação e o mercado.”¹ Com o objetivo de explicar as repercussões destes dois fenômenos no mundo do trabalho, o primeiro item deste capítulo tratará do mercado capitalista e do nível em que o modo de produção por ele eleito e a reinserção da circulação do capital, pela frequente utilização de métodos de gestão produtiva informados por critérios eminentemente mercadológicos, desagregam a personalidade do indivíduo e atuam como elementos que desestruturam o caráter emancipador do trabalho. O segundo item cuidará das repercussões das novas tecnologias, da sociedade da informação, no direito à intimidade do trabalhador.

Os dois fatores, a dominação determinante de um estado de subserviência e a facilidade em transpor os limites da privacidade individual propiciada pelas novas tecnologias, situam o trabalhador em um nível crítico de vulnerabilidade, o que justifica uma maior atenção na disciplina destas relações, especialmente considerando a importância do trabalho para o ser humano, seja para prover suas necessidades, seja como fator de realização pessoal. Embora o ser humano não seja redutível ao

¹ RAMONET, Ignacio. La mutation du monde. **Le Monde Diplomatique**, Paris, out. 1997. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/1997/10/RAMONET/9338>>. Acesso em: 28/05/2012.

trabalho, é a partir dele, como categoria ontológica fundante, que opera suas representação e organização sociais e cria, a partir das transformações realizadas, novas necessidades. Nesse contexto, a medida da vulnerabilidade do empregado possui relação direta com a possibilidade de resistência às invasões de sua privacidade, do que tratará, especificamente, o capítulo final.

O último item, neste capítulo, tratará do constitucionalismo e da fundamentalidade constitucional como instrumentos de defesa do indivíduo. Ao tema, propriamente relacionado com o direito à intimidade e à vida privada do empregado, sob o contexto normativo, interessa a medida de eficácia do princípio da dignidade da pessoa, para permitir avaliar, nos capítulos subsequentes, até que ponto sua plena materialização, no que depende da autonomia do indivíduo, de seu poder de autodeterminação ou, sob outro viés, de sua capacidade de resistência, fica comprometida pela sua inserção no ambiente empregatício, informado pelos critérios mercadológicos e pelas tecnologias de informação antes referidas.

O apego ao princípio constitucional é inafastável, e daí se justifica a proeminência de seu estudo, porque será, em primeira e última análise, a argumentação que permitirá salvaguardar o indivíduo inserido em um ambiente marcado por frequentes inovações tecnológicas, por um contexto de produção exacerbante, por influências mercadológicas que desafiam a centralidade do ser humano no sistema constituído por dotações epistêmicas de outras razões, por uma pressão constante de ser objeto e engrenagem a serviço do sistema e, ainda, pela deficiência legislativa e precarizada proteção legal no ambiente das regras aplicáveis à esfera de defesa da intimidade do trabalhador.

1.1 Transformações econômicas – Modo de produção capitalista e alienação do trabalhador em face da substanciação produtiva.

O trabalho é ínsito à condição humana. A pessoa não existe como pessoa sem agregar o trabalho à sua existência. As sociedades é que, todavia, definem e redefinem os rótulos e o sentido axiológico do trabalho em seus respectivos contextos histórico, econômico e social. Mesmo a escravidão, durante muito tempo, foi considerada como justa e necessária, a ponto de Aristóteles ter afirmado que a cultura somente era acessível aos ricos e ociosos, e que isso não seria possível sem a escravidão. A respeito dela, profetizou: “a escravidão poderá desaparecer quando a lançadeira do tear se movimentar sozinha”², antevendo que processos produtivos de automação implicariam mudanças na sistemática de valorização do labor.

Sob diferentes pretextos e títulos, a escravidão instalou-se e propagou-se durante muitos séculos³ até iniciar seu declínio com a Revolução Francesa, que proclamou sua indignidade. Neste ponto, a evolução passa a trilhar um caminho diferente, não sem os entraves da concepção enraizada na cultura daquela permissão conferida pelo poder, de o homem subjugar o próprio homem, de situar seu desvalor e sua indignidade na herança da raça, da origem e do berço.⁴

² *Apud* SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 26.

³ Desde a escravização de prisioneiros capturados em batalhas, intensificando-se entre os egípcios, gregos e romanos. Nos tempos medievais entre os senhores feudais e até mesmo incentivada pela Igreja: em 1452 o Papa Nicolau autorizou o rei de Portugal a combater e reduzir à escravatura todos os muçulmanos, e em 1488 o Rei Fernando, o Católico, ofereceu dez escravos ao Papa Inocêncio VIII, que os distribuiu entre os cardeais. (In: SUSSEKIND, Op. cit., p. 28).

⁴ A escravidão ainda não é, de fato, apenas uma referência histórica. Atualmente, estima-se que 12,3 milhões de pessoas sejam vítimas de trabalho escravo, sendo que, deste universo, mais de 1,4 milhões são vítimas de tráfico; 9,8 milhões são exploradas por agentes privados; 1,5 milhões são forçadas a trabalhar pelo Estado ou por grupos rebeldes militares (fonte: http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/trabalho_forcado/oit/relatorio/indicadores.pdf> Acesso em 12/06/2012). Segundo a Comissão Pastoral da Terra, estima-se que há 25.000 pessoas vítimas de trabalho escravo no Brasil (anais da Oficina Trabalho Escravo: Uma chaga aberta, Fórum Social Mundial 2003, OIT, Brasília, 2003, p. 33). Na forma da Portaria Ministerial nº 02, de 12.05.2011, o portal do Ministério do Trabalho e Emprego mantém uma lista (atualizada em 12.07.2012) com 287 empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo (fonte: http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm> Acesso em 16/07/2012).

Com as revoluções política e industrial registradas no final do século XVIII, primeiro o trabalhador tornava-se livre, criava-se o “cidadão como categoria racional na ordenação política da sociedade”, e depois, com a segunda, transformava-se a liberdade em mera abstração, “com a concentração das massas operárias sob o jugo do capital empregado nas grandes explorações com unidade de comando.”⁵. Concretizava-se a afirmação de Ripert, de que “a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores.”⁶ Célebre também a lição de Lacordaire⁷: “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”, donde se conclui que há transferência axiológica do nenhum valor da concepção escravagista para o novo modelo de política baseado no estímulo aos processos de pregação industrial, da exigência de produção induzida por um labor sempre em concorrência com a materialidade dos bens.

Esta concepção vem de ser acrescentada com a percepção de mais valor ao trabalho quando, aos poucos a história vai demonstrando que o labor passou a ser a fonte da propriedade, a fonte de riqueza das nações e mais recentemente expressão da própria humanidade do homem, desapegando-se da troca da liberdade e da própria vida ao trabalho, como lembra Hannah Arendt:

(...) a súbita e espetacular promoção do labor, da mais humilde e desprezível posição a mais alta categoria, como a mais estimada de todas as atividades humanas, começou quando Locke descobriu que o labour é a fonte de toda propriedade; prosseguiu quando Adam Smith afirmou que este mesmo labour era a fonte de toda a riqueza; e atingiu o clímax no system of labor de Marx, no qual o labor passou a ser origem de toda a produtividade e a expressão da própria humanidade do homem.⁸

A afirmação de Locke referida acima, de que o labor é a fonte de toda propriedade, vem da sua disposição de justificar a propriedade privada, defendendo que os agentes de troca eram proprietários privados das mercadorias sob posse quando as levavam para a troca e as colocavam em circulação, para desapegar ao

⁵ Como lembra Segadas Vianna, *in* SUSSEKIND, et. al., **Instituições de direito do trabalho**, p. 34.

⁶ RIPERT, Georges. **O Regime democrático e o direito civil moderno**. São Paulo: Editora Saraiva, 1937, p. 133.

⁷ *Apud* VIANNA, et. al., **Instituições de direito do trabalho**, p. 36.

⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 113.

conceito do mercado de escravos. Em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, afirmava que “todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa” e pelo “trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos” ele torna o que é comum propriedade sua.⁹

Ao analisar o modo de produção de vida, a forma e o conteúdo do capital, Karl Marx¹⁰ concebeu o trabalho como categoria fundante do ser social. Ponderou que os homens, para existirem, precisam ser capazes de se reproduzir enquanto seres humanos, e a forma específica desta reprodução é dada por uma especial relação do homem com a natureza por meio do trabalho. A determinação do desenvolvimento humano não é só o processo de conhecimento, mas a vida social do contexto em que ela emerge; assim, concebe Marx, é a vida social, o meio, o que determina o ser e não a ideia do ser sobre o meio.

Em Marx, o conceito de trabalho não se limita ao aspecto econômico de mera ocupação, mas compreendido como atividade vital e prioritária nas relações sociais, nas relações dos homens com a natureza e nas relações com outros homens. A possibilidade de idealização do objeto que impende, com sua força de trabalho, produzir, peculiariza o ser humano e ressalta a capacidade teleológica do ser social: ele tem ideado, em sua consciência, a configuração que quer imprimir ao objeto do trabalho antes mesmo de sua realização.¹¹ O elemento presente neste processo de

⁹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 407/409. Para Bernard Edelman, “A esfera da circulação constitui o lugar onde se manifesta esta relação social dominante: todos os indivíduos são (produtores), cambistas de mercadorias. É o lugar onde reina o valor de troca; melhor ainda: este lugar é, em si, ‘o movimento do valor de troca’. Aqui os indivíduos, agentes da troca, são todos proprietários privados, isto é, seres livres que trazem para o mercado a mercadoria de que são possuidores. Com efeito o mercado já não é um mercado de escravos. Pelo contrário é o lugar onde o homem realiza a sua natureza trinitária; ele afirma-se como proprietário, portanto livre, portanto igual a qualquer outro proprietário. E esta tripla afirmação, a esfera da circulação admite-a como estrépito, organiza-a, pondo-a em movimento: o produto do trabalho pertence ao trabalhador (melhor ainda: o trabalho pessoal é o título de propriedade original) e este produto é universalmente susceptível de troca por qualquer outro produto. Mais simplesmente: o produto do trabalho tornado mercadoria – isto é, valor de troca, e mais longe ainda, dinheiro – pode trocar-se universalmente por qualquer outra mercadoria.” EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976, p. 129/130.

¹⁰ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro I. 24. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 211-212.

¹¹ O papel da consciência humana no processo produtivo imprime ao trabalho do ser humano uma dimensão teleológica que o distingue dos outros seres vivos. A sutil diferenciação operada por Marx entre a melhor abelha na construção de sua colmeia do pior arquiteto na construção de uma morada reside no papel desempenhado pela consciência do ser humano neste processo. Segundo Marx, no ser

objetivação e exteriorização imprime utilidade aos produtos dele resultantes, ao mesmo tempo em que estimula uma transformação potencializadora das capacidades humanas, reduzindo o aspecto meramente instintivo e espontâneo dos outros seres vivos, pois o homem, “atuando assim sobre a natureza externa e modificando-a, ao mesmo tempo modifica sua própria natureza.”¹²

Para Georg Lukács¹³, o trabalho constitui categoria intermediária que possibilita o salto ontológico das formas pré-humanas para ao ser social, situando-se, assim, no centro do processo de humanização do homem. É a função social do trabalho que o distingue de todas as demais atividades humanas, e é por meio dela que o trabalho realiza o intercâmbio orgânico com a natureza, sem o que não haveria qualquer reprodução social possível. Afirma que:

Por um lado, o próprio homem que trabalha é transformado pelo seu trabalho; ele atua sobre a natureza exterior e modifica, ao mesmo tempo, a sua própria natureza; 'desenvolve as potências nela ocultas' e subordina as forças da natureza 'ao seu próprio poder'. Por outro lado, os objetos e as forças da natureza são transformados em meios, em objetos de trabalho, em matérias-primas, etc. o homem que trabalha 'utiliza as propriedades mecânicas, físicas e químicas das coisas, a fim de fazê-las atuar como meios para poder exercer seu poder sobre outras coisas, de acordo com sua finalidade'.¹⁴

Assim, o pressuposto da ontologia de Lukács é retirado de Marx: os homens apenas podem viver se efetivarem uma contínua transformação da natureza, e isso se dá pelo trabalho.¹⁵ Acentua Marx que: “Como criador de valores de uso, como trabalho útil, é o trabalho, por isso, uma condição de existência do homem, independente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de

humano, o ato e o processo da produção, mediante a efetivação de seu trabalho, “... figura na mente sua construção antes de transformá-la em realidade. No fim do processo de trabalho aparece um resultado que já existia antes idealmente na imaginação do trabalhador...”. MARX, **O capital**, p. 211-212.

¹² MARX, **O capital**, p. 211.

¹³ LUKÁCS, Georg. **Ontologia do ser social**: os princípios fundamentais em Marx. São Paulo: Ciências Humanas, 1979, p. 15-16.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 16.

¹⁵ Ao conceber a essência humana como histórica, determinada pela produção social, Lukács resgata a tese marxista de que os homens fazem a sua própria história, ainda que em circunstâncias que não escolheram. Esse resgate é a recusa a toda teorização que negue a possibilidade de emancipação humana ao julgo do capital e que limite o desenvolvimento da sociabilidade aos padrões individualistas e mesquinhos, tipicamente burgueses. A ontologia de Lukács é uma defesa histórica dos ideais emancipatórios de Marx.

mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, vida humana. ”¹⁶ Pondera, todavia, que o modo de produção capitalista transforma o trabalho concreto “social” em trabalho abstrato “assalariado”, deixando de lado o caráter útil, necessário e razão da relação de intercâmbio entre os homens. Esta afirmação destacadamente reflete a desvalia reconferida ao trabalho em sua origem ao dominado, ao escravo, ao cativo e ao submisso, para retornar a mero dispêndio de força humana produtiva, ocultando o sentido de mais-valia. Como afirma:

Todo trabalho é, de um lado, dispêndio de força humana de trabalho, no sentido fisiológico, e, nessa qualidade de trabalho humano igual ou abstrato, cria o valor das mercadorias. Todo trabalho, por outro lado, é dispêndio de força humana de trabalho, sob forma especial, para um determinado fim, e, nessa qualidade de trabalho útil e concreto, produz valores de uso (...). De um lado, tem-se o caráter útil do trabalho, relação de intercâmbio entre os homens e a natureza, condição para a produção de coisas socialmente úteis e necessárias. É o momento em que se efetiva o trabalho concreto, o trabalho em sua dimensão qualitativa. Deixando de lado o caráter útil do trabalho, sua dimensão concreta, resta-lhe apenas ser dispêndio de força humana produtiva, física ou intelectual, socialmente determinada. Aqui aflora sua dimensão abstrata, onde desvanecem-se as diferentes formas de trabalho concreto e onde elas não distinguem uma das outras, mas reduzem-se, todas, a uma única espécie de trabalho, o trabalho humano abstrato.¹⁷

Tais considerações revelam a absoluta propriedade da afirmação de Wilson Ramos Filho no sentido de que o significante trabalho é polissêmico e nesta forma fluida e pouco articulada pode ser utilizada pelo capital descomplexado como este bem entender. Esta qualidade, a seu ver, permite que sua regulamentação pelo Estado constitucional vislumbre ao menos três distintas acepções:

Em um primeiro sentido, como ato físico de liberação de energia humana, ou seja, como sequência de atos praticados por alguém enquanto trabalha; em um segundo sentido, é compreendido como o resultado de um trabalho realizado, como obra, fruto da criatividade humana; e, finalmente, em seu terceiro sentido, pode ser entendido como energia potencial do trabalhador, como força de trabalho, o “trabalho vivo”, aquele que, no âmbito de uma relação de emprego, é vendido pelo trabalhador.¹⁸

O autor adverte que, confundindo tais projeções da atividade humana, ao mesmo tempo em que organiza a distribuição do poder e dos recursos econômicos, a

¹⁶ MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. São Paulo: Expressão popular, 2008, p. 218.

¹⁷ MARX, **O Capital**, p. 45-54.

¹⁸ RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e regulação: o Direito Capitalista do Trabalho e as crises econômicas. **Lugar comum: Estudos de Mídia, Cultura e Democracia**. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Laboratório Território. Rio de Janeiro: UFRJ, nº 33/34, p. 51/88, jan. – ago. 2011, p. 52.

regulação estatal oculta a injusta essência das relações de trabalho subordinado, “naturalizando o estatuto do salariado, identificado com a modernidade”¹⁹, ao passo que as diversas teorias contemporâneas sobre o trabalho permitem que se confundam estas distintas concepções, “seja para invisibilizar a exploração, seja para vislumbrar potências distintas para o trabalho criativo.”²⁰

Pondera, a partir disso, que há uma inversão entre o tratamento que lhe é dispensado, entre a valoração que lhe é atribuída, e o que deveria ser no estrito sentido que ele tem. Assim, continua, quando se reconhece que o trabalhador recebe um salário equitativo pelo trabalho prestado, o vocábulo é utilizado naquele segundo sentido, ou seja, como resultado de um esforço, mas, na verdade,

(...) o empregado recebe um salário que é o preço de seu trabalho naquele terceiro sentido mencionado, ou seja, como ‘trabalho vivo’, como força potencial que o empregado põe à disposição do empregador, e este valor é muito menor do que o valor do produto do trabalho (no segundo sentido), em face da existência da mais-valia, retida pelo empregador. Ao naturalizar a relação de emprego como a forma privilegiada de articulação do trabalho – no primeiro sentido – o assalariamento se transmuda: de condição degradada passa a ser compreendido como passaporte que permite o acesso às tutelas jurídico-políticas do Estado, pelo menos durante todo o período de desenvolvimento do fordismo, como método de gestão e como uma das doutrinas legitimadoras do modo de produção.²¹

Em estudo sobre a obra de Benjamin Franklin, Ana Maria Brito Sanches²² identifica que para o estadista o trabalho era identificado com a própria vida, era visto como energia vital do homem, expressão de sua própria humanidade, e, como tal, a exortação do trabalho era uma exortação à emancipação do homem. Advertiu o escritor, já naquela época, que a sociedade capitalista de consumo, ao criar necessidades superficiais, emprega o homem na produção destas superficialidades e transforma sua força de trabalho, sua energia vital, em mercadoria, alienando-o. E tal

¹⁹ RAMOS FILHO, **Lugar Comum**, p. 52.

²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 52.

²¹ Idem, *Ibidem*, p. 53.

²² SANCHES, Ana Maria Brito. **Virtude, trabalho e riqueza. A concepção de sociedade civil em Benjamin Franklin**. Dissertação de mestrado. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-27022007-110740/pt-br.php>. A Autora lembra que Benjamin Franklin acreditava que o caminho para a emancipação econômica, social e política dos indivíduos seguia a via da educação e do trabalho, e que “a condição básica para isso era a afirmação da igualdade e liberdade de todos. Para escolher seu próprio destino e sua posição no mundo os homens precisam ser realmente livres. Contudo esta liberdade em Franklin encerra uma noção de responsabilidade e de ajuda mútua entre os homens, cuja finalidade última é o bem comum e a preservação da própria sociedade humana.”

importaria, de fato, em última análise, considerado o tempo e a energia dispensados ao trabalho, alienar a própria vida para, paradoxalmente, fazê-la subsistente.

A criação destas novas necessidades é incentivada pelo capitalismo e difundida pelas vias de comunicação social a fim de manter a força de trabalho de massa a seu serviço, operando exatamente na complexidade de tais necessidades e sua multiplicidade de mecanismos restritos a uma definição de interesse, de manutenção da subordinação e de percepção restrita à necessidade de trabalhar, crescendo-se por tantos e distintos meios a necessidade de sobreviver ao sistema, para um dia, quem sabe, aproveitar desta acumulação e dela (talvez em aposentadoria) se servir. Wilson Ramos Filho adverte, todavia, que

A necessidade imperiosa de obter, de modo estável, dinheiro para sobreviver, não se confunde com a necessidade de trabalhar, de atuar, de se relacionar socialmente com as demais pessoas; mas o capitalismo, através de diversos mecanismos de ocultação, associa e confunde sistematicamente essas necessidades, fundando nesta confusão o poder do capital e a ideologia que lhe é subjacente: “nenhuma atividade que não seja trabalho determinado por quem contrata; nenhum recebimento além daquele resultante da remuneração pelo trabalho.”²³

Acentua que, desde então, o trabalho subordinado se tornou uma das principais maneiras de existir socialmente, transmudou-se em imperativo moral por oposição às condutas resistentes ao ingresso no modo de vida capitalista. De outro lado, o desemprego passou a ser utilizado pelo capitalismo com três objetivos principais²⁴: a) como fator de moderação salarial e de desestímulo às mobilizações reivindicatórias; b) como fator de indução da submissão; e c) como reserva para eventuais necessidades e ampliação temporária da produção. Na virada do século, pontua o autor, outra funcionalidade social é agregada ao desemprego: servir de “argumento para reformas trabalhistas precarizadoras, pela culpabilização do Direito do Trabalho erigido em ‘causa para o desemprego’.”²⁵

²³ RAMOS FILHO, **Lugar Comum**, p. 56. A citação é de André Gorz (*in Miserias del presente, riqueza de lo posible*. Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 83), para quem, conforme o autor, a necessidade imperiosa de receber dinheiro suficiente para viver serve de veículo para a construção social da “necessidade imperiosa de trabalhar”, entendida como “necessidade de atuar, de obrar, de ser apreciado socialmente” e servindo de veículo “para fazer passar de contrabando a necessidade de ser pago pelo que se faz.”

²⁴ Cf. RAMOS FILHO, *Ibidem*, p. 57.

²⁵ RAMOS FILHO, **Lugar Comum**, p. 57.

Este cenário é fruto de uma perspectiva histórica marcada pela dominação imposta pela difusão de necessidades a interesse do sistema capitalista, desde as mais remotas ordens em que se mostra o trabalho, mas com uma propriedade extraordinária de maquiar o “trabalho vivo” extraído de sua mais-valia, camuflando-se as opressões com promessas e com sinais de que o futuro reserva-lhe melhor sorte, até que uma crise se desponha para a retomada de outras proposições, mas avanços se fazem sentir.

As várias doutrinas legitimadoras do modo de produção capitalista, nominadas taylorismo, fordismo e toyotismo²⁶, operaram profundas mudanças no paradigma trabalho. Considerando as perspectivas de cada uma, Giuseppe Cocco assinala a passagem de um trabalhador silencioso para um trabalhador polivalente, essencialmente comunicativo, em uma fábrica organizada como elo integrado e estruturado por uma cadeia produtiva social, na qual a produtividade depende da interação comunicacional e o aumento da produtividade baseia-se “nas capacidades de modulação linguístico-comunicativa da cooperação dentro e fora da fábrica.”²⁷

²⁶ Sob a influência de Frederick Winslow Taylor, que em 1896 formulou um estudo sob o título “Estudos de administração científica”, propagou-se uma proposta de racionalização da produção, impondo uma maior produtividade em um menor espaço de tempo. São conhecidas as “esteiras de taylor”, que impunham um ritmo acelerado, repetitivo e sincronizado de produção aos operários. A era fordista surgiu duas décadas depois, quando Henry Ford, fundador da Ford Motor Company, introduziu o modelo taylorista em suas fábricas de automóveis, alçando ao sucesso um modelo de produção capitalista totalmente verticalizado e baseado em automatizações que massificam a produção, baratearam o custo do produto final e dispensavam maior qualificação do operário, que, inserido na linha de montagem, não precisava se deslocar (o modelo buscava a eliminação do movimento inútil) e se concentrava apenas em uma parcela da etapa produtiva. O fordismo entrou em declínio a partir da década de 1970 e passou a ser substituído pelo sistema toyotista de produção, baseado, primordialmente, na horizontalização dos setores periféricos da produção, transferidos para empresas prestadoras de serviços. A descentralização objetiva, neste modelo, a dedicação mais eficiente às atividades consideradas no núcleo do empreendimento econômico, viabilizando maior competitividade. Implementou-se, assim, o fenômeno da “subcontratação” ou “externalização”, que no Brasil recebeu o nome de “terceirização”. O modelo toyotista, também conhecido de “padrão de acumulação flexível”, na acepção de David Harvey, é marcado “por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela [a acumulação flexível] se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional.” HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. 9ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 140.

²⁷ COCCO, Giuseppe. **Trabalho e cidadania: produção e direitos na era da globalização**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 91.

A sociedade pós-industrial é marcada por determinados elementos que têm forte repercussão sobre o direito do trabalho, quais sejam²⁸:

a) linha de produção flexível, descentralizada e globalizada, com impacto na proliferação de trabalho terceirizado e à distância; hegemonia das empresas multinacionais que buscam lugares onde a mão-de-obra é mais barata; fomento dos processos de fusão e incorporação de empresas e esfacelamento do movimento sindical;

b) tendência ao instantâneo, virtual, digital e descartável, com impacto na estabilidade dos empregos, que deixaram de ser duradouros para se tornarem precários e efêmeros; a automação dos serviços e a robotização industrial importaram substituição do trabalho manual pela máquina, gerando desemprego; substituição do controle pessoal do superior hierárquico pelo uso da telemática;

c) supervalorização do conhecimento tecnológico, passando-se a exigir versatilidade do empregado com maior qualificação profissional e pessoal; regulamentação legal e em prol das empresas a respeito dos direitos autorais das invenções desenvolvidas pelo empregado no curso do contrato de trabalho; investigação rigorosa pela empresa do perfil do trabalhador com nítida interferência em sua privacidade e vida pregressa;

d) aumento do Terceiro Setor por meio das organizações não-governamentais (ONG), associações e novos movimentos sociais (NMS), cujo impacto foi a diminuição do tamanho do Estado por meio de privatizações das estatais lucrativas e ocupação pelo terceiro setor da parte pública excluída dos programas sociais, além da regulamentação do trabalho voluntário alijado de encargos sociais.

Ricardo Antunes²⁹ assinala que as principais consequências da mudança dos paradigmas da produção no mundo do trabalho foram: a redução do operariado fabril, concentrado em grandes aglomerações industriais; a precarização do trabalho, com o surgimento de novas modalidades de contratação e subcontratação; a ampliação do

²⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Redefinindo os requisitos da relação de emprego**. Disponível em: http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_jadn_12.asp> Acesso em 02 ago. 2012.

²⁹ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 206/208.

setor de serviços; a explosão das taxas de desemprego e uma modificação estrutural em sua composição; e o aumento do trabalho feminino e infantil em condições de superexploração.

Sobre a convivência dos padrões, sobretudo nos países periféricos e semiperiféricos, como o Brasil, o autor observa que a flexibilização, a desregulamentação e as novas formas de gestão produtiva estão presentes em grande intensidade, indicando que o fordismo, ainda dominante, também vem se mesclando com novos processos produtivos, com as formas de acumulação flexível e vários elementos oriundos do chamado toyotismo, do modelo japonês, que configuram as tendências do capitalismo contemporâneo.³⁰

Este novo modelo produtivo está centrado, na ponderação de Bruno Lewicki³¹, na flexibilidade, tanto das empresas quanto dos trabalhadores. Destes se exige, especialmente, neste novo cenário, não só mais determinados níveis de produtividade, mas, na aspiração de um controle total, “além de uma propensão acentuada à aceitação de regras – sejam elas quais forem -, um *envolvimento participativo*: suas aspirações e opiniões devem não apenas igualar-se, mas mesmo confundir-se com aquelas expressas pela corporação.”³²

O objetivo, assinala o autor, é mais ambicioso que o simples incremento da produção: “a intenção é selecionar e ter sob comando o *trabalhador perfeito*”³³, ou seja, aquele que não se distrai, não perde tempo de trabalho navegando na internet, acessando e-mails ou fazendo ligações pessoais; não mantém relacionamentos amorosos com colegas, pois isso desviaria sua atenção de trabalho; não bebe nem usa drogas, pois isso poderia debilitar sua saúde e causar ausências e quebra de produtividade; também não deve ter uma alta probabilidade de desenvolver certas patologias, tampouco ser portador de doenças como a AIDS, mesmo que sem manifestações exteriores; deve ser heterossexual, porque, em uma acepção tradicional - e discriminatória - tal implicaria uma personalidade mais “estável” e

³⁰ ANTUNES, **Os sentidos do trabalho**, p. 206.

³¹ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

³² Idem, ibidem, p. 20-21

³³ Idem, ibidem, p. 21.

“conformista”; não deve abraçar causas políticas, religiosas ou filosóficas, desviando-se da maioria, pois tal pode traduzir um caráter rebelde ou arredio; deve aceitar ser revistado ou filmado durante a jornada de trabalho, pois compreende que os interesses da empresa exigem esta prática.³⁴

No mesmo sentido, a perspectiva de Benedito Xavier da Silva, segundo o qual o mercado capitalista de produção exige para o trabalho pessoas dotadas de habilidades, como verdadeiros campeões, “exige-se do profissional ritmo intenso nos negócios, polivalência (multiespecialista e generalista), visão (objetivos), capacidade de realização e inovação, poder de convencimento na venda de serviços e produtos”.³⁵

Estas exigências tendentes a pautar o comportamento do empregado às diretrizes corporativas da empresa, muitas delas infensas à própria dignidade do trabalhador e ao caráter vital e emancipador do trabalho, estão na contramão de todas as conquistas históricas do indivíduo como centro da ordem jurídica, do que a constitucionalização do código civil é um expressivo exemplo, consagradas em abono ao imperativo de tutelar sua vulnerabilidade onde quer que essa necessidade de faça presente.³⁶

Tais fatores revelam que ao lado da dimensão construtora, emancipadora, o trabalho também tem um aspecto alienante, opressor, ligado às condições em que é realizado, como destacam Antônia Aranha e Deise Soares Dias:

O trabalho pode conter duas dimensões, dependendo das condições de sua realização. Uma primeira dimensão construtora, emancipadora. É o trabalho concreto de Marx, voltado para a satisfação das necessidades humanas, contribuindo para a realização do indivíduo enquanto criador e transformador do seu meio. (...) outra dimensão alienante, opressora. Nas condições de existência da propriedade privada, o trabalhador não tem condições de interferir sobre os objetivos e produtos do seu trabalho, e até mesmo de dominar o próprio processo de produção.³⁷

³⁴ LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 21-22. Os exemplos são todos do autor.

³⁵ SILVA, Benedito Xavier da. Tensão entre capital e trabalho: a disputa entre empresa e catadores pelo lixo reciclável. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians F. Lira. (Coord). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2009, p. 295.

³⁶ LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 22, com apoio em Maria Celina Bodin de Moraes (*in* Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117).

³⁷ ARANHA, Antônia Vitória; DIAS, Deise Soares. Trabalho como princípio educativo na sociabilidade

O sentido do trabalho não pode ficar reduzido, portanto, à sua dimensão abstrata, sob o risco de ser visto apenas como atividade produtora de mercadorias, invisibilizando os sujeitos que participam, com suas vidas, deste processo. De outro lado, vislumbrar o trabalho apenas em seu sentido concreto induz à idealização, impedindo que se vejam as possibilidades de superação de sua forma alienada.

O processo de alienação do trabalho³⁸, de expropriação da atividade essencial em sua plenitude, é próprio da sociedade capitalista. Se o trabalho, como atividade essencial e vital do homem possibilita sua plena realização, sua humanização, a exploração da atividade humana como expressão de uma relação social fundada na propriedade privada, na produção de mercadorias para o mercado, na distinção entre proprietários e não proprietários, determina o processo inverso, induzindo um processo de estranhamento, como refere Ricardo Antunes, com apoio em Marx:

O que deveria se constituir na finalidade básica do ser social – a sua realização no e pelo trabalho – é pervertido e depauperado. O processo de trabalho se converte em meio de subsistência. A força de trabalho torna-se, como tudo, uma mercadoria, cuja finalidade vem a ser a produção de mercadorias. O que deveria ser a forma humana de realização do indivíduo reduz-se à única possibilidade de subsistência do despossuído. Esta é a radical constatação de Marx: a precariedade e perversidade do trabalho na sociedade capitalista. Desfigurado, o trabalho torna-se meio e não “primeira necessidade” de realização humana. Na formulação contida nos *Manuscritos*, “... o trabalhador decai a uma mercadoria e à mais miserável mercadoria”, torna-se ‘um ser estranho a ele, um meio da sua existência individual’.³⁹

Para o autor, a forma do trabalho na sociedade capitalista implica a desrealização do ser social: o produto e o ato de produção são alheios ao trabalhador, que passa a repudiar e a negar o trabalho que lhe degrada, a trabalhar

do capital. In: MENEZES NETO, Antônio Júlio; CUNHA, Daisy Moreira (Org.). **Trabalho, política e formação humana: interlocuções com Marx e Gramsci**. São Paulo: Xamã, 2009, p. 116.

³⁸ “O crescimento de um país, baseado exclusivamente no critério econômico, leva, por óbvio, ao surgimento de conflitos humanos e sociais, de caráter alimentar e existencial (é a sujeição às regras do capital produtivo, especulativo e, quiçá, ilícito – é a depressão, decorrente da insatisfação e do estado de angústia que se abate sobre aqueles que se veem ameaçados na sua sobrevivência). (...) As relações humanas e as estruturas sociais, com a ideologia econômica e tecnológica, veem-se ameaçadas, em virtude do impiedoso processo de alienação ditado pelas classes dominantes.” SILVA, **Tensão entre capital e trabalho**, p. 294.

³⁹ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho**. Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9ª ed. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2003, p. 126.

involuntariamente. Como afirma Marx: “Daí que o trabalhador só se sinta junto a si fora do trabalho e fora de si no trabalho. Sente-se em casa quando não trabalha e quando trabalha não se sente em casa. O seu trabalho não é, portanto, voluntário, mas compulsório, trabalho forçado. Por conseguinte, não é a satisfação de uma necessidade, mas somente um meio para satisfazer necessidades fora dele.”⁴⁰

No universo das manipulações das necessidades, a liberdade individual é só aparente: “o particular elege os objetos de suas necessidades e plasma essas necessidades individuais não em conformidade com sua personalidade, mas sobretudo em conformidade com o lugar que ocupa na divisão do trabalho (...) dado que o fim não é o desenvolvimento múltiplo do indivíduo, o particular se converte em escravo desse conjunto restrito de necessidades.”⁴¹ A luta contra esse reducionismo não pode ficar limitada, todavia, ao melhor uso do tempo livre ou liberado⁴², mas compreender que a emancipação do trabalho reside em uma “nova forma de trabalho”, que “realize, em sua integralidade, a omnilateralidade humana, o livre desenvolvimento das individualidades, a plena realização e emancipação do ser social.”⁴³

A conformação do trabalho não é única, como visto, e nem é estável. Também não se pode afirmar a preponderância de um de seus aspectos no plano particularizado de cada indivíduo, embora a ótica da generalidade permita vislumbrar a tendência prevalente em determinada época e, mesmo na era da globalização, sob as nuances econômicas e sociais de cada localidade.

Também não se pode, apesar das vozes contrárias, apregoar o fim dos empregos⁴⁴, mas necessário que se desvele a desproporção de sua base legal, que

⁴⁰ MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos Filosóficos**. In: FLORESTAN, Fernandes (org). MARX/ENGELS: **História**. São Paulo: Ática, 1983, p. 153.

⁴¹ ANTUNES, **Adeus ao trabalho**, p. 132.

⁴² Em oposição à ideia de A. Gorz, para quem a libertação do ser social passa pela abolição do trabalho, pelo reino do não-trabalho, pela “sociedade do tempo liberado”.

⁴³ ANTUNES, op. cit., p. 132.

⁴⁴ O economista americano Jeremy Rifkin lançou um *best-seller* a respeito: “O fim dos empregos – o declínio inevitável dos níveis de emprego e a redução da força global de trabalho.” (título original: *The end of work: the decline of the global labor force and the dawn of the post-market*, 1995, The Putnam Berkley Group Inc.). Conforme acentua Ricardo Antunes, “no pensamento contemporâneo, tornou-se (quase) lugar comum falar em “desaparição do trabalho” (Dominique Meda), em substituição da esfera

sob vista ampla deve ser o trabalho o elemento realizador do homem e da sociedade e no modo organizacional deve servir primeiro aos interesses e regras de competição estabelecidas pelo meio próprio do sistema capitalista, reduzindo as forças individuais, maximizando diferenças quando estabeleceu o relógio, o registro da fração de tempo e seu melhor aproveitamento, também aí colocando o corpo do trabalhador, como ferramenta e mais, com os avanços tecnológicos extraordinariamente eficientes nessa tarefa.

Hannah Arendt, em obra de 1958, já falava da possibilidade de um futuro em que os avanços tecnológicos possibilitariam ao homem libertar-se da carga negativa representada pelo trabalho. Afirmou que “o advento da automação provavelmente esvaziará as fábricas e libertará a humanidade do seu fardo mais antigo e mais natural, o fardo do trabalho e da sujeição à necessidade.”⁴⁵ Tal perspectiva não se realizou, todavia, ao menos a este tempo. Vislumbra-se, pelo contrário, como fruto das transformações operadas no mundo do trabalho, deflagradas pela reestruturação produtiva na era da acumulação flexível como respostas à crise experimentada pelo capital, uma “degradação que se amplia, na relação metabólica entre homem e natureza, conduzida pela lógica societal voltada prioritariamente para a produção de mercadorias e para a valorização do capital.”⁴⁶

As demissões em massa, as reduções salariais e, notadamente, a degradação das condições de trabalho que marcam as estratégias de gestão nas últimas décadas, dimensionam uma forma progressiva de precarização do trabalho, impondo-lhe uma modulação servil aos propósitos do mercado de capital, que se enfeixa em uma liberdade bem conveniente. Todos devem seguir regras, menos o mercado com sua mística “liberdade”, e mais, quando inventam a “crise”, o Estado, que somos todos nós, deve socorrê-los. Primeiro salvar os bancos, como se vê atualmente na Espanha, Grécia, Itália e já assistimos no Brasil.

do trabalho pela “esfera comunicacional”(Habermas), em “perda de centralidade da categoria trabalho” (Off), ou ainda “fim do trabalho” (como Jeremy Rifkin, ou ainda na versão mais crítica à ordem do capital, como em Kurz), para citar as formulações mais expressivas”. ANTUNES, **Adeus ao trabalho**, p. 159.

⁴⁵ ARENDT, **A condição humana**, p. 12.

⁴⁶ ANTUNES, **Os sentidos do trabalho**, p. 17.

A lógica do sistema produtivo, na expressão de Ricardo Antunes, “vem convertendo a concorrência e a busca de produtividade num processo destrutivo que tem gerado uma imensa precarização do trabalho e o aumento monumental do exército industrial de reserva, do número de desempregados.”⁴⁷, moduladores de uma transformação que se irradia freneticamente com uma comunicação de ansiedade, transferindo a uns a valorização do abençoado emprego mantido.

Nestes novos tempos, o trabalhador lança-se à sorte dos ofícios temporários que, de um lado, impedem a plena capacitação, e, de outro, inviabilizam a progressão remuneratória.⁴⁸ Tornam-se nômades em uma “realidade cambiante”, como afirma Márcio Tulio Viana: “hoje pode ser servente, amanhã pedreiro, depois camelô, de novo servente, em seguida aprendiz, no outro mês motoboy e mais tarde, talvez, um alcoólatra ou um malabarista de rua.”⁴⁹

Há, pois, uma deformação do modelo de trabalho dignificante⁵⁰ outrora concebido, mas o mercado globalizado não pode dele prescindir. O capitalismo, no

⁴⁷ ANTUNES, **Os sentidos do trabalho**, p. 18.

⁴⁸ Um depoimento trazido por Manuel Castells ilustra esta faceta da realidade: “Comecei a pensar que quando envelhecer, se alguém perguntar o que fiz da minha vida, só poderei lhes falar de trabalho. Acabo de decidir que isso seria um grande desperdício, então me libertei (Yoshiko Kitani, trinta anos de idade, bacharel em administração de empresas, depois de demitir-se de um emprego seguro numa editora japonesa em Yokohama em 1998 e passar a trabalhar em empregos temporários). “Num emprego como este [temporário], aprender os programas e pegar o jeito do que se faz leva algum tempo. Porém, quando você acha que sabe o que está fazendo, porque são as regras que o determinam, seu tempo já se esgotou.” (Yoshiko Kitani, 10 meses depois). CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e terra, 2011, p. 329.

⁴⁹ VIANA, Márcio Tulio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. In COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 263. A propósito da efemeridade dos empregos, o jornal Gazeta do Povo publicou notícia, com base nos dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Emprego e Trabalho (TEM), mostrando que nos últimos três anos (de 2010 a 2012) aumentou em 72% o número de pedidos de demissão, sendo que atualmente 30% dos desligamentos ocorrem por iniciativa do empregado, praticamente o dobro do número registrado em 2003. Os dados revelam duas facetas do fenômeno: a um, a sustentação da taxa de desemprego em um nível historicamente baixo faz muitas pessoas mudarem de emprego, voluntariamente, e, a dois, mostra que as empresas, de uma maneira geral e de uma forma inédita, têm que aperfeiçoar suas políticas de retenção. A pesquisa mostra que o movimento é maior nos setores com mais escassez de mão de obra, como construção civil, comércio e serviços, e em cargos de menor qualificação, mas mesmo em cargos executivos a rotatividade está maior. (Brasileiro nunca trocou tanto de emprego. **Gazeta do povo**, Curitiba, 26 ago. 2012. Caderno Economia, p. 01-02).

⁵⁰ “Criticamos também a ideologia capitalista no que se refere à produção e ao consumo desenfreado e irracional. A “necessidade” do lucro desmedido a qualquer custo merece rigorosa censura social. Enfatizamos ser preciso assegurar ao homem vida plena, com respeito a si próprio e à Casa na qual habita.” SILVA, **Tensão entre capital e trabalho**, p 278.

período da pós-modernidade, continua fundamentalmente centrado na dominação do trabalho e na apropriação das riquezas que ele produz.

Atualmente, algumas teses sustentam que o trabalho perdeu sua característica de estruturação das relações sociais, centrando-se, conforme André Gorz⁵¹, na substituição da sociedade do trabalho pela sociedade do conhecimento, pela ciência como principal força produtiva e pelo aumento do tempo livre. Na mesma linha, Clauss Offe afirma que “o trabalho remunerado perdeu sua qualidade subjetiva de centro organizador das atividades humanas de auto-estima e das referências sociais assim como orientações morais.”⁵²

Segundo tais teorias, as alterações introduzidas no processo produtivo e, por decorrência, nas relações de produção, induzem ao fim da centralidade do trabalho como atividade ordenadora e fundadora de identidade coletiva, como atividade informadora de modos de agir, sentir, pensar e organizar. Deduz-se destas teorias que o surgimento de novas tecnologias induz a uma desvalorização do trabalho e à perda de sua importância como elemento organizador das relações sociais, o que elevaria o conhecimento e a informação ao centro da sociedade. Para Gorz⁵³ e Offe⁵⁴, a utopia da sociedade do trabalho teria chegado ao fim: o aumento do desemprego inviabilizaria sua qualificação como categoria capaz de sustentar a estabilidade e a segurança, assim como de se manter como fiel da balança da cidadania e de balizador de identidades coletivas.

A perspectiva é da vulnerabilidade do presente sem nenhuma concepção da sociedade futura; essa nova classe não pode ser definida a partir de sua inserção no processo social de produção, como concebeu Marx⁵⁵, porque o trabalho não é mais sua atividade principal. Para Gorz⁵⁶, há uma crescente substituição da classe operária

⁵¹ GORZ, André. **Adeus ao proletariado e a utopia de uma sociedade do tempo livre**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁵² OFFE, Clauss. **Trabalho e sociedade**: problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 7.

⁵³ GORZ, op. cit., p. 89.

⁵⁴ OFFE, op. cit., p. 7.

⁵⁵ Cf. MARX, **Manuscritos Econômicos Filosóficos**, passim.

⁵⁶ GORZ, Op. cit., p. 89.

por uma nova classe que ele nomina de uma “não classe de trabalhadores”, constituída pelas pessoas que foram expulsas do mercado formal assalariado pelo incremento do processo de automação e informatização, desempregados, trabalhadores em tempo parcial e temporários. Ao contrário do proletariado tradicional, sustenta Gorz⁵⁷, a não classe de trabalhadores tem no emprego uma atividade provisória, acidental e contingente.

A crescente racionalidade, os avanços técnicos e a divisão do trabalho, afirma Gorz, impede os trabalhadores de encontrar no trabalho uma atividade cheia de significado. Suas habilidades culturais e cognitivas devem ser desenvolvidas, necessariamente, assim, no tempo livre, não mais no mundo do trabalho. A sociedade do tempo livre colocaria o trabalho no rol das atividades do homem, não mais a principal, a fundante de todo seu desenvolvimento, e a redução do tempo de trabalho seria instrumento de redução das desigualdades sociais. O objetivo é que a redistribuição do trabalho socialmente necessário seja benéfica para todos.

Para Clauss Offe⁵⁸, o crescimento do setor de serviço, o declínio da participação dos trabalhadores no setor industrial, o desemprego, a expansão do emprego parcial, a crise do Estado de bem-estar social e a fragmentação da sociedade salarial, sugerem o declínio da ética do trabalho, pois ele ocupa um espaço cada vez menor como continuidade biográfica, a ponto de tornar-se, na maioria dos casos, uma excepcionalidade. A seu ver, a produção de bens e serviços ocorre fora da estrutura institucional do trabalho assalariado formal e contratual. Afirma que “a diferenciação interna e contínua da coletividade dos trabalhadores assalariados, assim como a erosão dos alicerces culturais e políticos de uma identidade coletiva centrada no trabalho, ampliaram esses dilemas das formas de trabalho assalariado ou da dependência com relação ao salário não serem mais o foco de intenção coletiva e de divisão social e política.”⁵⁹

Esta construção teórica está centrada, portanto, na existência de um processo de divisão social do trabalho, inflexionado por duas grandes motivações: a de que o

⁵⁷ GORZ, **Adeus ao proletariado e a utopia de uma sociedade do tempo livre**, p. 89.

⁵⁸ OFFE, **Trabalho e sociedade**, p. 177.

⁵⁹ Idem, *ibidem*.

trabalho não está mais no centro da organização social, e a de sua substituição pela compreensão de uma nova centralidade, a sociedade do conhecimento e da tecnologia que o sustenta.

Em oposição a esta tese, Ricardo Antunes⁶⁰ observa que as tendências em curso, seja em direção da maior intelectualização do trabalho fabril ou ao incremento do trabalho qualificado, seja em direção à desqualificação ou à sua subproletarização, não autorizam concluir pela perda desta centralidade no universo de uma sociedade produtora de mercadorias. Para ele,

ainda que presenciando uma redução quantitativa (com repercussões qualitativas) no mundo produtivo, o trabalho abstrato cumpre papel decisivo na criação de valores de troca. A redução do tempo físico de trabalho no processo produtivo, e tampouco a redução do trabalho manual direta e a ampliação do trabalho mais intelectualizado não negam a lei do valor, quando se considera a totalidade do trabalho, a capacidade de trabalho socialmente combinada, o trabalhador coletivo, como expressão de múltiplas atividades combinadas.⁶¹

A partir da distinção entre trabalho concreto e abstrato o autor afirma que:

Como criador de valores de uso, coisas úteis, forma de intercâmbio entre o ser social e a natureza, não me parece plausível conceber, no universo da sociabilidade humana, a extinção do trabalho social. Se é possível visualizar, para além do capital, a eliminação da sociedade do trabalho abstrato – ação esta naturalmente articulada com o fim da sociedade produtora de mercadorias -, é algo ontologicamente distinto supor ou conceber o fim do trabalho como atividade útil, como atividade vital, como elemento fundante, protoforma da atividade humana.⁶²

Uma coisa é conceber, com o fim do capitalismo, a eliminação do trabalho abstrato, do trabalho “estranhado”; outra, sumamente diversa, é conceber a eliminação, no universo da sociabilidade humana, do trabalho concreto, “que cria coisas socialmente úteis e ao fazê-lo (auto)transforma o seu próprio criador.”⁶³

O equívoco está, portanto, em reduzir o trabalho ao emprego. A compreensão desta diferença, e daquela existente entre trabalho concreto e trabalho abstrato, permite apreender que apesar do desemprego, o trabalho ainda ocupa uma posição

⁶⁰ ANTUNES, **Os sentidos do trabalho**, p. 210

⁶¹ ANTUNES, op. cit., p. 210.

⁶² Idem, Ibidem, p. 211.

⁶³ Idem, Ibidem, p. 211.

central na vida das pessoas, seja pelo seu sentido moral, seja como instrumento para atender necessidades físicas essenciais. Apenas o trabalho em seu sentido abstrato pode ser eliminado com o fim dos modos de produção capitalista, mas o trabalho concreto persiste como ação histórica produtora de coisas socialmente úteis. Como assinala Ricardo Antunes:

A revolução de nossos dias é, desse modo, uma revolução no e do trabalho. É uma revolução no trabalho na medida em que deve necessariamente abolir o trabalho abstrato, o trabalho assalariado, a condição de sujeito-mercadoria, e instaurar uma sociedade fundada na auto-atividade humana, no trabalho concreto que gera coisas socialmente úteis, no trabalho emancipado. Mas é também uma revolução do trabalho, uma vez que encontra no amplo leque de indivíduos (homens e mulheres) que compreendem a classe trabalhadora, o sujeito coletivo capaz de impulsionar ações dotadas de um sentido emancipador.⁶⁴

Deve-se privilegiar o potencial emancipador do trabalho, recusando aquele que aliena e infelicita o ser social. Isso porque o trabalho como definido pelo capital desserve aos propósitos do homem como centralidade, torna tábua rasa os direitos fundamentais quando concebidos como bens da sociedade, admitindo disfarçadamente direitos fundamentais quando individualizados e na admissão do politicamente correto, pois dele se apresenta como antítese, como diz Antunes:

o sentido do trabalho que estrutura o capital acaba sendo destruturante para a humanidade; na contrapartida, o trabalho que tem sentido estruturante para a humanidade é potencialmente destruturante para o capital. E essa contraditória processualidade do trabalho, que emancipa e aliena, humaniza e sujeita, libera e escraviza, converte o estudo do trabalho humano numa questão crucial de nosso mundo e de nossas vidas nesse conturbado século XXI, cujo desafio maior é dar sentido autoconstituente ao trabalho humano e tornar nossa vida fora do trabalho dotada de sentido.⁶⁵

A despeito de tais expressões, o capital não é, essencialmente, um instrumento para produzir o mal e a injustiça, como adverte Christophe Dejours ao sintetizar que o trabalho pode ser também “o mediador insubstituível da reapropriação e da realização do ego. O fato é que o trabalho é uma fonte inesgotável de paradoxos. Incontestavelmente, ele dá origem a terríveis processos de alienação, mas pode ser também um possante instrumento a serviço da emancipação, bem como do

⁶⁴ ANTUNES, **Adeus ao trabalho**, p. 96.

⁶⁵ ANTUNES, op. cit., p. 12.

aprendizado e da experimentação da solidariedade e da democracia.”⁶⁶

O Ministro Maurício Godinho Delgado⁶⁷, em evento em homenagem ao Dia Internacional do Trabalho, realizado em maio/2011 no Ministério do Trabalho e Emprego, falou do desgaste da afirmação do trabalho e do emprego iniciado em torno do final dos anos de 1970, mas ainda sob o pressuposto de que “o ingresso do indivíduo no mundo do trabalho – principalmente se for através do emprego – tem exponencial impacto em sua vida, avançando desde a juventude até seu período da maturidade e daí influenciando sua família, a comunidade circundante e o próprio ambiente econômico.”⁶⁸ Sintetizou o assédio sofrido pelo emprego em três grandes vertentes discursivas tendentes a desprestigiá-lo, embora sem sucesso, a seu ver: o argumento tecnológico, o argumento organizacional e o argumento mercadológico.

O avanço tecnológico, afirma, conquanto tenha potencial para extinguir determinadas profissões ou funções, também tem potencial fortemente criativo de emprego na sociedade capitalista⁶⁹, exemplificando que “há inovações e criações

⁶⁶ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social. A banalização da injustiça social**. 7ª ed. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 141.

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Afirmação do trabalho no século XXI. In: SANTOS, Jerônimo Jesus dos (Org. e Coord.). **Temas aplicados de direito do trabalho e estudos de direito público**. São Paulo: LTr, 2012, p. 464.

⁶⁸ DELGADO, **Afirmação do trabalho no século XXI**, p. 464.

⁶⁹ A esta mesma constatação, ainda que no estudo de outras bases, chega Solange Barbosa de Castro Coura, afirmando que na contramão de previsões “apocalípticas” sobre o trabalho e emprego, a dinâmica entre capital e trabalho fez surgir novas profissões, algumas, evolutivamente, como resultado da profissionalização ou regulamentação de atividades já existentes. Em sua sistematização, destacam-se as seguintes: o **arquiteto de informação**, profissional incumbido de estruturar sites da internet de modo a facilitar ao usuário o encontro de informações ou produtos desejados; o **planejador instrucional**, atuante na área de ensino à distância e incumbido de pesquisar o conteúdo da matéria e disponibilizá-lo de forma a facilitar o aprendizado *on line*; o **seo** (derivado de search engineer optimizer), profissional responsável por organizar sites na internet de forma que eles possam ganhar maior visibilidade quando o usuário utilizar sites destinados à busca de informações; as **hostess**, profissionais encarregadas de receber e acompanhar os clientes em restaurantes, hotéis e bares durante a permanência no local, oferecendo um tratamento personalizado; o **personal shopper**, profissional que acompanha os clientes nas compras ou faz compras para entrega a domicílio de acordo com o interesse dos clientes e com as sugestões que apresenta (segundo o *Instituto Europeu di Design di Madrid*, a profissão tem sido uma das mais demandadas e com uma das mais altas remunerações no setor de elitismo e moda, sendo que no Brasil já há oferta dos serviços na internet: www.personalshopperbrasil.com>); o **barista**, profissional expert no preparo do café com atuação na divulgação do produto junto ao consumidor final. Por sua vez, passaram por um processo de profissionalização ou regulamentação: o **sommelier**, especialista em vinhos atuante em empresas de eventos gastronômicos, hotelaria, restaurantes, supermercados e enotecas e em comissária de companhias aéreas e marítimas (definição conforme Projeto de Lei nº 4.495-A/08); **DJ**, profissional que manipula obras fonográficas impressas ou não, cria ou recria versões e executa montagens sonoras para a criação de obra inédita, originária ou derivada (definição conforme Projeto de Lei nº 6.816/10); o

tecnológicas fortemente incrementadoras do trabalho e do emprego – e convenientemente esquecidas pela literatura dominante⁷⁰, como o caso do telefone celular, que criou e expandiu certo mercado inovador sem extinguir o mercado precedente da telefonia fixa.

Quanto ao segundo, o argumento organizacional, defende ser ele insustentável. Isso porque, a seu ver, não haveria prova histórica da linha divisória entre taylorismo e toyotismo, nem qualquer incompatibilidade entre a relação de emprego e essas formas de gestão, quer misturadas, quer dispersas, ou seja, que o perfil do trabalhador talhado para o primeiro, fulcrado na forte separação de tarefas e na especialização profissional, não seja perfeitamente adaptável ao segundo, eminentemente multifuncional:

(...) hoje o exemplo mais comum na vida social, na vida trabalhista, na vida econômica e na vida intelectual é a combinação das duas maneiras de trabalhar. Todos somos tayloristas e toyotistas, em certa medida, no exercício de nossas funções profissionais. (...) Todos somos um tanto tayloristas, no sentido de que somos especializados em algo, temos que escolher uma área de especialização focar nessa área e agir como uma certa verticalidade para nos aprofundarmos nessa área. É assim que todos nós trabalhamos em qualquer área em que estejamos. Entretanto, ao mesmo tempo, nós temos que ter um pouco de horizontalidade, ou seja, um pouco de circularidade; temos que saber fazer algumas tarefas a mais, agregar certo conjunto de tarefas às nossas funções principais. De fato, notadamente com a ajuda da computação e dos instrumentos tecnológicos, nenhum trabalhador, praticamente, realiza uma tarefa absolutamente desconectada das outras; ele realiza um certo grupo maior de tarefas, embora seja clara a ideia de principalidade e de acessoriedade entre elas.⁷¹

O argumento mercadológico, de que o emprego teria se tornado anacrônico por proteger demais o trabalho e dificultando com isso a competição capitalista não se sustenta, defende Maurício Godinho Delgado⁷². Para ele, não há uma correlação direta entre o custo da força de trabalho e a concorrência internacional entre as

pesquisador e o técnico de pesquisa de mercado, opinião e mídia e o modelo de passarela. Ainda, algumas profissões têm surgido do desmembramento e da especialização de atividades antes inerentes à outras, o que se verificou, especialmente, no setor da construção civil, onde o conhecido ajudante da construção civil pode ser **ajudante de demolição, ajudante de marteleiro, ajudante de cacimbeiro, servente de obras** ou **vibradorista**, conforme atual Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), revista pelo Ministério do Trabalho e Emprego em 2002 e que recebeu em abril de 2010 uma lista de 47 novas profissões. Cf. COURA, Solange Barbosa de Castro. Capital e trabalho em movimento: as novas profissões. In: VIANA, Márcio Túlio (Coord.) **O que há de novo em direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 407/408.

⁷⁰ DELGADO, **Afirmção do trabalho no século XXI**, p. 469.

⁷¹ DELGADO, op. cit., p. 469/470.

⁷² Idem, *Ibidem*, p. 470.

economias, salvo gravíssimas distorções, para cima ou para baixo, sendo que o fator que realmente influencia a competição econômica internacional “é a qualidade do produto ofertado e o seu preço de oferta, sendo que este preço é determinado, essencialmente, pelo câmbio, pela política cambial.”⁷³ Conclui que:

todos esses argumentos que se levantaram contra o trabalho e o emprego não tiveram, efetivamente, o condão de diminuir a importância dessa política social e econômica de grande relevância para a afirmação dos indivíduos na sociedade capitalista e na sociedade democrática. No século XXI, o trabalho, especialmente o emprego e o Direito do Trabalho preservam-se como uma das mais notáveis e eficientes políticas públicas de desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e de justiça e inclusão sociais que a sabedoria humana já formulou nessa quadra da economia e sociedade dos dois últimos séculos.⁷⁴

O emprego, finaliza, é uma forma de inserção social e econômica sob proteção jurídica que confere ao trabalhador um diferenciado *status* econômico, social, político, cultural e de cidadania, diferenciando-o dos demais indivíduos. Por esta vinculação, o indivíduo recebe a proteção da legislação trabalhista e vincula-se de forma mais acessível ao sistema previdenciário e ao FGTS.

Wilson Ramos Filho discorre exatamente sobre a ambivalência tutelar do Direito do Trabalho. Não vislumbra esse ramo do direito exclusivamente como um instrumento de proteção do trabalhador, mas também, contraditoriamente, como um mecanismo que organiza sua exploração e contribui para justificá-la.⁷⁵ Para ele, os direitos deferidos aos trabalhadores devem ser vistos sob a ótica de duas necessidades capitalistas: de um lado, melhorar as condições de trabalho dos empregados para, a partir disso, aprimorar o processo de exploração de sua força de trabalho; de outro, estabilizar as tensões e os conflitos trabalhistas por meio de compensações, “no sentido de se obter um ambiente propício à produção e à manutenção de uma determinada maneira de organização da sociedade, que embasará um ‘modo de vida’, uma maneira de existir.”⁷⁶ Estas compensações,

⁷³ Menciona o exemplo chinês, pautado, a seu ver, na desvalorização da moeda chinesa e, com isso, no barateamento dos produtos produzidos no país. DELGADO, **Afirmção do trabalho no século XXI**, p. 470.

⁷⁴ DELGADO, op.cit., p. 471.

⁷⁵ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012, p. 94.

⁷⁶ Idem, ibidem, p. 94.

consubstanciadas em garantias legais, servem, assim, para manter os empregados em uma condição de “subalternidade contratual”⁷⁷.

Sob o aspecto econômico, mercadológico, portanto, esta dependência, e a vulnerabilidade que ela impõe ao empregado, potencializam sobremaneira as possibilidades de invasões desautorizadas no âmbito de sua intimidade. Tais violações, fundadas ou não em uma perspectiva de disposição do direito pelo seu titular na relação de emprego – tema melhor aprofundado no capítulo final – são expressões de um modelo de gestão desestruturante da dignidade do empregado e do próprio caráter emancipador do trabalho.

Como ressalva, quando se fala na dimensão cruel conferida pelo capitalismo ao paradigma trabalho, não se está a rejeitar o processo capitalista ou contra este encetar reação de fundo ideológico ou de predisposição reativa, como frequentemente se vê leituras de fundo político-ideológico ou como discurso para aplauso de plateias de capitalizados, admoestados pelas essências em foco dos malefícios, pois, a despeito de seus efeitos, a sua estruturação é de nossa eleição constitucional e representa hegemonia de uso no mundo ocidental, mas também medida de mercancia para o socialismo contemporâneo.

Sem se considerar as injunções sistêmicas que pesam sob a rivalidade dos operadores que buscam o lucro, mas: (i) o ensandecido desempenho da busca por resultados num campo de desequilíbrio entre as forças da concorrência; (ii) ao ensejo de uma autorregulamentação mercantil assimétrica de convenções e instituições, jurídicas e estatais; (iii) absoluta liberdade sem controle e iv) não intervenção de quem quer que seja, resulta: ao capitalista no capitalismo “um poderoso motivo de autoconservação para continuar o processo de acumulação”⁷⁸ e o reingresso da acumulação novamente para a circulação.

⁷⁷ RAMOS FILHO, **Direito Capitalista do Trabalho**, p. 94.

⁷⁸ “Certamente há outra razão para o caráter insaciável do processo capitalista, ressaltado por Heilbroner (1986, pp. 47 ss.). Como o capital é constantemente reinvestido e só pode crescer circulando, a capacidade que o capitalista tem de recuperar sua aplicação aumentada pelo lucro está perpetuamente ameaçada, em especial pelos atos dos outros capitalistas com os quais ele disputa o poder de compra dos consumidores. Essa dinâmica cria uma inquietação permanente e dá ao capitalista um poderoso motivo de autoconservação para continuar infundavelmente o processo de acumulação.” BOLTANSKI, Luc; CHIAPELO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. Trad. Ivone C.

O capital precisa ser compreendido e, a partir de Boltanski e Chiapello⁷⁹, as características dos capitalismos em fórmula mínima enfatizam a exigência de acumulação ilimitada do capital, constando a sua reposição em um jogo de repetição no circuito econômico com o “objetivo de extrair lucro, ou seja, aumentar o capital que será, novamente, reinvestido, sendo esta a principal marca do capitalismo, aquilo que lhe confere a dinâmica e a forma de transformação que fascinaram seus observadores, mesmo os mais hostis”⁸⁰.

As formas concretas de realização do capital não são dirigidas para a concentração ou acúmulo de riquezas ou de ostentação imobiliária, bens de capital, mercadorias, moeda, pois o único objetivo de relevo e que realmente define o capital é “a transformação permanente do capital, de equipamentos e aquisições diversas (matérias-primas, componentes, serviços...) em produção, de produção em moeda e de moeda em novos investimentos”.⁸¹

Esta espiral capitalista de perpétua busca por reinvestimento de capital, revela uma face danosa do sistema, demonstra um caráter absolutamente abstrato e com objetivo também indefinido em direção a uma realização concreta, arrastando a todos num processo que só é avaliado em termos contábeis segundo um lucro que é medido num espaço de tempo e pela diferença entre dois balanços. Essa “lógica” do sistema é outro exemplo de que a racionalização exacerbada interna de um único sistema produz resultados não compatíveis com o que se espera, que em outras

Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 35.

⁷⁹ “Entre as diferentes caracterizações do capitalismo (ou, frequentemente hoje, dos capitalismos) feitas no último século e meio, escolheremos uma fórmula mínima que enfatiza a exigência de acumulação ilimitada do capital por meios formalmente pacíficos. Trata-se de repor perpetuamente em jogo o capital no circuito econômico com o objetivo de extrair lucro, ou seja, aumentar o capital que será, novamente, reinvestido, sendo esta a principal marca do capitalismo, aquilo que lhe confere a dinâmica e a forma de transformação que fascinaram seus observadores, mesmo os mais hostis.” BOLTANSKI et. al., **O novo espírito do capitalismo**, p. 35.

⁸⁰ BOLTANSKI et. al., op. cit., p. 35.

⁸¹ “O acúmulo de capital não consiste num amontoamento de riquezas – ou seja, de objetos desejados por seu valor de uso, por sua função ostentatória ou como signos do poder. As formas concretas de riquezas (imobiliária, bens de capital, mercadorias, moeda, etc.) não tem interesse em si e, por sua falta de liquidez, podem até constituir obstáculo ao único objetivo que importa realmente: a transformação permanente do capital, de equipamentos e aquisições diversas (matérias-primas, componentes, serviços...) em produção, de produção em moeda e de moeda em novos investimentos (Heilbroner, 1986)”. Idem, *Ibidem*, p. 35.

palavras deveria redundar numa planificação de aproveitamento para todos⁸², pelo menos para atender os anseio de convivência e interesses sociais.

Tal lógica mercadológica induz e incentiva a adoção de estratégias de comando e gestão que, frequentemente, desprezam o valor do indivíduo em si, que só vale pelo que produz, desprezando suas particularidades, por isso não há temor de perquirir fontes e detalhes pessoais como se faz numa máquina, buscando os melhores ajustes que sirvam aos abjetos propósitos da lucratividade, não compreendendo tais reservas como fundamentos de uma preservação pessoal, senão a melhor aplicação para a força de trabalho, e invadem, em prol da lucratividade, o espaço reservado de sua intimidade e da vida privada, como se a disposição da força de trabalho implicasse a disposição de todos os direitos pertinentes.

Em paralelo, os avanços tecnológicos permitem, com uma intensidade cada vez maior, ingerências desautorizadas desta ordem, induzindo, na mesma proporção, por ausência de regulamentação jurídica adequada, um decréscimo cada vez maior da proteção legal. Destas transformações cuidará, com maior atenção, o item seguinte deste capítulo.

Neste, especificamente, cabe acrescentar que mesmo o Estado moderno, do ponto de vista sociológico, “é uma empresa”⁸³, do mesmo modo que uma fábrica, precisamente esta sua qualidade historicamente específica. Em ambos a relação de dominação está condicionada pelos mesmos fatores, concluindo-se, em Weber, que essa identidade “baseia-se uniformemente no fato de que aqueles instrumentos, reservas e recursos monetários, indispensáveis à empresa e à existência econômica,

⁸² “Essa dissociação entre capital e formas materiais de riqueza lhe confere um caráter realmente abstrato que vai contribuir para perpetuar a acumulação. Uma vez que o enriquecimento é avaliado em termos contábeis, sendo o lucro acumulado num período calculado como diferença entre dois balanços de duas épocas diferentes, não existe nenhum limite, nenhuma saciedade possível como ocorre, ao contrário, quando a riqueza é orientada para necessidades de consumo, inclusive o luxo.” BOLTANSKI et. al., **O novo espírito do capitalismo**, p. 35.

⁸³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Rev. Téc. De Gabriel Cohn, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 530.

encontram-se concentrados no poder de disposição, nos primeiros casos, do empresário, e nos últimos casos, do senhor político”⁸⁴.

Sob o enfoque do poder que expressa e deriva deste sistema composto por moeda, capital e trabalho assalariado, destacadamente preferível ao regime da inexistência da propriedade, da inexistência da liberdade pessoal, acesso aos bens dependendo da “vontade do partido” e dos meandros de proteção dos “amigos do regime”, numa convolação de intersubjetividades absolutamente desproporcionais à mínima condição do racional respeito às desigualdades – logo, as concepções que se professam àquele são dotadas de observações de correção com o preceito de melhor regular as ações, de limitar a progressão do espírito insaciável da acumulação de capital, que é adversa ao próprio capitalista, que, ao fundo, é o mesmo ser humano a serviço e sob domínio do outro lado da moeda.

Boltanski e Chiapello dizem que o capitalismo

sob muitos aspectos, é um sistema absurdo: os assalariados perderam a propriedade do resultado de seu trabalho e a possibilidade de levar uma vida ativa fora da subordinação. Quanto aos capitalistas, estão presos a um processo infundável e insaciável, totalmente abstrato e dissociado da satisfação de necessidades de consumo, mesmo que supérfluas. Para esses dois tipos de protagonistas, a inserção no processo capitalista carece de justificações.⁸⁵

As ações que se empreendam no sentido de se dar atributos de realidade e de efetividade não podem ignorar a ambientação do capital, das forças políticas, do Estado como empresa⁸⁶, e esse conjunto de forças depende do constitucionalismo irradiante, da gênese da energia emanada dos princípios constitucionais, de paralelos sobre o capitalismo em si, e se a Constituição há de possuir força de valor para a concretude e ação vinculante a todos, inclusive nas relações privadas, tais questões não podem se afastar das condições reais de satisfação dos bens da vida, da erradicação da miséria física e do espírito, obrigação primeira do Estado por seus

⁸⁴ BOLTANSKI, et. al., **O novo espírito do capitalismo**, p. 38.

⁸⁵ BOLTANSKI, et. al., op. cit., p. 38.

⁸⁶ “A ossatura do direito capitalista confunde-se, até certo ponto, com a ossatura do Estado e, quanto a isso, o positivismo expressa essa condição. O elogio da lei que este promove não passa de manifestação automática e periférica de uma realidade recente, [...]”. CLÉVE, Clémerson M. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, p. 29.

poderes. Logo, a moeda tem que ser reinterpretada, os orçamentos públicos (redistribuição e recirculação de capital) reexaminados, as relações internacionais revistas, os gastos públicos⁸⁷ ponderados na razão direta e proporcional da satisfação dos bens – *ratio*, dentre outras complexas ações.

A contenção ao “empenho forçado” – razão das transposições irracionais do desmedido emprego da progressão circular do capital -, sem um objetivo de retorno voltado à construção material de uma sociedade mais solidária, mais voltado ao homem e suas necessidades, precisam ser entendidas, melhor aclaradas, para se vencer as restrições e os obstáculos de uma liberdade danosa sem limites, e a este propósito não há como chegar senão com o contributo do Direito em uma nova fórmula, que supere o déficit legislativo em questões constitucionais e que possa atender a atualidade das exigências de uma sociedade múltipla, muito mais próxima à realidade e atenta aos comandos desmedidos do capitalismo.

Conforme ensina Max Weber, somente no Estado em sentido racional, que possui como base um funcionalismo especializado e um direito racional, o capitalismo moderno pode se desenvolver. Neste sentido, Weber define o Estado como “aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o ‘território’, faz parte da qualidade característica –, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima (...). Este é considerado a única fonte do ‘direito’ de exercer coação”.⁸⁸

Considerado o Estado que se fundamenta na coação e a política, que segundo o entendimento weberiano, consiste na oportunidade de se estar no poder ou de influenciar a distribuição do poder entre vários Estados ou em um único Estado, considerando-se o grupo de pessoas abrangido por este, portanto, praticar política seria, por conseguinte, reclamar o poder, e por este reclamar a coação. Neste contexto, para Weber,

⁸⁷ Neste aspecto, Clémerson M. Cléve pontua que , incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos (...) é imperioso a luta por um rígido controle de execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida como aprovada pelo Congresso Nacional. CLÉVE, Clémerson M. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 54, p. 37.

⁸⁸ WEBER, **Economia e sociedade**, p. 525-526.

O Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio de dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização, depois de desapropriar todos os funcionários estamentais autônomos que antes dispunham, por direito próprio, destes meios e de colocar-se, ele próprio, em seu lugar, representado por seus dirigentes supremos.⁸⁹

O objetivo da democracia corresponderia, pois, ao gerenciamento (coação-política) por um sistema de poder de mando e subordinação e tarefas definidas, sobrelevando o elemento vital do político como a luta pelo poder, visto que toda política em sua essência corresponde à luta e dominação – estes os elementos essenciais.

Segundo Weber a democratização e a demagogia formam um par, independentemente da natureza da Constituição estatal, desde que “as massas já não possam ser tratadas meramente como objeto passivo da administração, mas interfiram ativamente, de alguma forma, com sua opinião. À sua maneira, os monarcas modernos também seguiram o caminho da demagogia.”⁹⁰

Além do monopólio da coação física legítima, um Estado soberano constitui, na concepção de Anthony Giddens,

uma organização política que tem a capacidade, dentro de um território ou territórios delimitados, de produzir leis e efetivamente sancionar a sua manutenção; exercer um monopólio sobre o controle dos meios de violência; controlar políticas básicas relacionadas à política interna ou à forma administrativa de governo; e o acesso aos frutos de uma economia nacional que sejam à base de sua receita.⁹¹

A economia mundial, como qualquer outro sistema, envolve relações de poder, cuja distribuição é altamente desigual. Predominantemente capitalista, a economia mundial é dominada por Estados nos quais a empresa capitalista econômica constitui a forma principal de produção, auxiliada pelas assimetrias de

⁸⁹ WEBER, **Economia e sociedade**, p. 529.

⁹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 572.

⁹¹ GIDDENS, Anthony. **O Estado-Nação e a Violência**. Segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Tradução Beatriz Guimarães. 1ª ed. 1ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, p. 295-296.

classes sociais. Os governos são dependentes da riqueza gerada por estas empresas, de modo a assegurar sua própria viabilidade econômica.⁹²

É notória e inegável a influência do capitalismo no desenvolvimento do sistema de Estado moderno, na medida em que a manutenção destes mesmos Estados é assegurada pela prosperidade do sistema capitalista e de seus negócios. A expansão das possibilidades de lucro e do movimento especulativo de capitais só “aumentaram ainda mais o fosso existente entre aqueles que realmente logram se posicionar como legítimos destinatários de direitos fundamentais, integrantes dos oligopólios dominantes e a grande maioria excluída, a quem foi completamente obstaculizada qualquer possibilidade de mobilidade positiva, seja econômica, social ou política”⁹³

A economia capitalista mundial não constitui apenas um imenso mercado, mas também envolve a mercantilização da força de trabalho em ambientes regionais diversos⁹⁴, de modo que a venda da força de trabalho sempre foi regulada e realizada no capitalismo.

Neste contexto de monopólio do poder, assim entendido como o poder de organização política de um Estado em modo econômico-capitalista de estruturação societária, na qual o homem-trabalhador é pensado tão somente como engrenagem que compõe o processo produtivo, é que se busca a necessária proteção e retorno do homem, enquanto sujeito de direitos, à centralidade do direito e de todo o processo produtivo, no qual as transformações advindas da economia de mercado, já discutidas no decorrer do texto, bem como das inovações tecnológicas, que serão objeto de exame no próximo título, possuem importante influência no que tange à afetação aos direitos fundamentais do trabalhador, sabiamente sediados no campo constitucional como valioso anteparo a tais inflexões deletérias da produção e do comando insaciável do lucro, elementos que se prostram indiferentes ao conceito de dignidade

⁹² GIDDENS, **O Estado-Nação e a Violência**, p. 291-292.

⁹³ MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **Corrupção, dinheiro público e sigilo bancário** 2ª edição, Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010, p. 44.

⁹⁴ GIDDENS, op. cit., p. 291.

e são insensíveis à intimidade, tratada como mais um elemento de disposição do sistema para o seu melhor resultado

1.2 Efeitos transversos das transformações tecnológicas e suas inflexões sobre a ambientação da intimidade no trabalho.

Em 1.º de maio de 1943 foi promulgada, com a sanção do então presidente Getúlio Vargas, a Consolidação das Leis do Trabalho⁹⁵, decreto que unificou toda a legislação trabalhista então existente no Brasil e introduziu várias disposições inovadoras. Dois anos antes tinha sido instaurada a Justiça do Trabalho no Brasil.

Na mesma década, em 1946, foi criado o ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Computer*)⁹⁶, segundo computador digital de grande escala, depois do *Colossus Mark I*, e o transistor⁹⁷, em 1947, que tornaria possível a revolução dos computadores e dos equipamentos eletrônicos.

A partir de então, apesar desta coincidência temporal histórica, todas as pesquisas, obras, propostas, projetos, estudos, congressos, conferências, enfim, todos os esforços e as iniciativas em atribuir aos novos fatos uma adequada proteção normativa, sem embargo do extremo valor que ostentam no universo da evolução da ciência jurídica e na disciplina das relações humanas, têm sido apenas uma tentativa de acompanhar, na melhor medida possível, o ritmo acelerado do progresso

⁹⁵ **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. Decreto-Lei nº 5.452, publicado no Diário Oficial da União de 9 de agosto de 1943.

⁹⁶ O ENIAC, criado durante a segunda guerra mundial para computar trajetórias táticas que exigissem conhecimento substancial em matemática, pesava mais de 30 toneladas, ocupava 270m², não tinha sistema operacional e seu funcionamento era similar ao de uma calculadora comum. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/ENIAC>> acesso em 24 out 2012.

⁹⁷ O transistor é considerado o verdadeiro cerne da revolução da tecnologia da informação no século XX. Inventado na empresa Bell Laboratories em Murray Hill, no estado de Nova Jersey, pelos físicos Bardeen, Brattain e Shockley (ganhadores do prêmio Nobel pela descoberta), possibilitou o processamento de impulsos elétricos em velocidade rápida e em modo binário de interrupção e amplificação, permitindo a codificação da lógica e da comunicação com e entre as máquinas. São comumente chamados de *chips*, que, na verdade, são constituídos por milhões de transístores. CASTELLS, **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**, p. 76.

tecnológico. E não é diferente com o espaço da intimidade afetado por estas novas tecnologias da informação, seja do indivíduo de uma forma mais ampla, seja daquele situado na relação de emprego. Explica-se a cronologia, em certa medida – sem justificar, contudo, o atraso legislativo -, porque as tensões características das novas relações são justamente, por pressuposto, as propulsoras da regulamentação jurídica.

No fim da Idade Média, e ainda na metade do século XX, a grande maioria das pessoas vivia no campo, grande parte cultivando a terra e criando animais. Essa realidade começou a ser perturbada já na Revolução Industrial, fenômeno que deu início à Revolução Informacional contemporânea, em que “como na origem, mas segundo outra escala, a humanidade forma novamente uma só sociedade.”⁹⁸ Neste novo contexto, mesmo nas ocupações ligadas à agricultura e à transformação da matéria, “a parte principal tende a concentrar-se no tratamento das informações e das mensagens: a gestão dos signos. Com a automatização dessas últimas operações graças à informática, o trabalho humano tende a deslocar-se cada vez mais para o ‘inautomatizável’, ou seja, a criatividade, a iniciativa, a coordenação e a relação.”⁹⁹ A revolução contemporânea das comunicações é “uma das dimensões de uma mutação antropológica de grande amplitude”¹⁰⁰, mas é um acontecimento ainda tão recente que muitas das instituições, conceitos e formas culturais forjadas em períodos anteriores ainda são inadequadas ao tratamento desse novo contexto.

Em termos antropológicos, traçando um paralelo entre a evolução dos transportes e da comunicação, esse acontecimento “é tão recente que a maioria de nossos conceitos, das nossas formas culturais, das nossas instituições políticas – herdadas dos períodos anteriores – são radicalmente inadequadas para dar conta dele.”¹⁰¹

A vulnerabilidade do espaço da vida privada e intimidade do indivíduo neste ambiente, objeto do presente estudo, é um dos exemplos mais contundentes dos efeitos desta mutação.

⁹⁸ LÉVY, Pierre. **A revolução contemporânea em matéria de comunicação**. Trad. Juremir Machado da Silva. Revista Famecos. Porto Alegre, nº 09, dez/1998, p. 40.

⁹⁹ LÉVY, op. cit., p. 39.

¹⁰⁰ Idem, Ibidem, p. 37.

¹⁰¹ Idem, Ibidem, p. 39.

A expansão das formas de comunicação sempre moveu a humanidade, preocupada em melhorar seu padrão de vida, suas relações interpessoais e em conferir rapidez e eficiência aos métodos de produção e prestação de serviços.¹⁰² E se a informação determina a atividade humana, a tecnologia propicia um meio mais rápido dela se realizar. Justamente por isso, um dos campos mais significativos do progresso tecnológico a serviço das pessoas e das instituições foi (e continua sendo) a fusão entre a computação e as telecomunicações, que viabilizou uma convergência na tecnologia dos aparelhos, meios e também uma ampliação no acesso e no número de usuários, do que são exemplos a internet¹⁰³ e seus “sites”, as ferramentas de “e-mails”, comunicadores instantâneos, redes sociais, a telefonia por IP, a rádio pela internet, dentre outros. Sobre estes avanços e estas interações, discorre Manuel Castells:

(...) a capacidade de desenvolvimento de redes só se tornou possível graças aos importantes avanços tanto das telecomunicações quanto das tecnologias de integração de computadores em rede, ocorridos durante os anos 70. Mas, ao mesmo tempo, tais mudanças somente foram possíveis após o surgimento de novos dispositivos microeletrônicos e o aumento da capacidade de computação, em uma impressionante ilustração das relações sinérgicas da revolução da tecnologia da informação. (...) Cada grande avanço em um campo tecnológico específico amplifica os efeitos das tecnologias da informação conexas. A convergência de todas essas tecnologias eletrônicas no campo da comunicação interativa levou à criação da Internet, talvez o mais revolucionário meio tecnológico da Era da Informação.¹⁰⁴

Essa nova forma de disseminar as informações, desfragmentando espacialmente as comunidades sociais e permitindo que o conhecimento a respeito de um fato chegue a outra parte do planeta quase que simultaneamente, a ponto de

¹⁰² Manuel Castells, em extensa pesquisa realizada com base em dados estatísticos de diversos países, entre eles Estados Unidos, Japão, Alemanha, França e Itália, com indicadores dos níveis de produtividade e das taxas de crescimento de produção por trabalhador, e também com base no pioneiro estudo de Robert Solow, que atribuiu às inovações tecnológicas, em 87,5%, o fato de a produção bruta por trabalhador ter dobrado no setor privado não rural norte-americano entre 1909 e 1949, conclui que, se a produtividade impulsiona o progresso econômico, “a tecnologia, inclusive a organizacional e a de gerenciamento, é o principal fator que induz à produtividade.” Os investimentos em tecnologia, logo, são altamente rentáveis. CASTELLS, **A sociedade em rede**, p. 120-136.

¹⁰³ Internet, consoante definição estampada na Resolução 148/95 do Ministério das Comunicações, que aprovou a norma 004/95, significa: “o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o “software” e os dados contidos nestes computadores.” Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/biblioteca/Normas/Normas_MC/norma_004_95.htm?numeroPublicacao=10283&assuntoPublicacao=Norma%20MC%20n%BA%20004/1995&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental>. Acesso em 14 ago. 2012.

¹⁰⁴ CASTELLS, op. cit., p. 81/82.

afetar opinião pública e índices econômicos e financeiros de forma inevitável, implica uma necessária reestruturação das organizações e das estratégias de ações sociais e econômicas. As redes de computadores, afirma Pierre Lévy:

(...) carregam uma grande quantidade de tecnologias intelectuais que aumentam e modificam a maioria das nossas capacidades cognitivas: memória (banco de dados, hiperdocumentos), raciocínio (modelização digital, inteligência artificial), capacidade de representação mental (simulações gráficas interativas de fenômenos complexos) e percepção (síntese de imagens especialmente a partir de dados digitais). O domínio dessas tecnologias intelectuais dá uma vantagem considerável aos grupos e aos contextos humanos que as utilizam de maneira adequada.¹⁰⁵

Em obra publicada em 1969¹⁰⁶, Marshall McLuhan expôs formulações teóricas que buscavam explicar um dado singular na vida do homem: a complexidade da rede de comunicações em que ele está inserido na era da eletrônica, da cibernética, da automação, determinantes de sua visão e experiência de mundo, comprometedoras da compreensão dos outros e de si mesmo. Tratou dos meios de comunicação como extensões do homem e das implicações em suas relações, inclusive de trabalho, e, com certo profetismo, afirmou:

Numa cultura como a nossa, há muito acostumada a dividir e estilhaçar todas as coisas como meio de controlá-las, não deixa, às vezes, de ser um tanto chocante lembrar que, para efeitos práticos e operacionais, o meio é a mensagem. Isto apenas significa que as consequências sociais e pessoais de qualquer meio – ou seja, de qualquer uma das extensões de nós mesmos – constituem o resultado do novo estalão introduzido em nossas vidas por uma nova tecnologia ou extensão de nós mesmos. Assim, com a automação, por exemplo, os novos padrões da associação humana tender a eliminar empregos, não há dúvida. Trata-se de um resultado negativo. Do lado positivo, a automação cria papéis que as pessoas devem desempenhar, em seu trabalho ou em suas relações com os outros, com aquele profundo sentido de participação que a tecnologia mecânica que a precedeu havia destruído. Muita gente estaria inclinada a dizer que não era a máquina, mas o que se fez com ela, que constitui de fato o seu significado ou mensagem. Em termos de mudança que a máquina introduziu em nossas relações com outros e conosco mesmos, pouco importava que ela produzisse flocos de milho ou Cadillacs. A reestruturação da associação e do trabalho humanos foi moldada pela técnica da fragmentação, que constitui a essência da tecnologia da máquina. O oposto é que constitui a essência da tecnologia da automação. Ela é integral e descentralizadora, em

¹⁰⁵ CASTELLS, **A sociedade em rede**, p. 42.

¹⁰⁶ Mesmo ano em que, por coincidência ou não, ocorreu a transmissão do que pode ser considerado o primeiro e-mail da história (29/10/1969). O texto desse primeiro e-mail seria "LOGIN", conforme desejava o Professor Leonard Kleinrock da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), mas o computador no Stanford Research Institute, que recebia a mensagem, parou de funcionar após receber a letra "O". Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Internet> Acesso em 30 ago. 2012.

profundidade, assim como a máquina era fragmentária, centralizadora e superficial na estruturação das relações humanas.”¹⁰⁷

A profunda interação entre o ser humano e as ferramentas tecnológicas referida por McLuhan coloca-o, frequentemente, entre um dos defensores do “determinismo tecnológico”¹⁰⁸, vertente sociológica proposta inicialmente por Thorstein Veblen¹⁰⁹. Em termos amplos, significa a suposição de que uma tecnologia, um artefato, um meio, estaria no cerne das principais mudanças da sociedade e seria a condição fundamental de sustentação do padrão de organização social, condicionando os modos de percepção, de cognição, de comunicação das pessoas, determinantes de sua cultura. Nesta teoria, os fatores humanos e sociais estariam em segundo plano, condicionados pelo fator tecnológico, e é justamente este o vetor que sustenta as ideias sociológicas contrárias ao pensamento determinista. Nesta linha, Manuel Castells reconhece que o paradigma tecnológico encerra papel fundamental na modulação do modo de ser do indivíduo, mas não o determina: “como a informação é parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência

¹⁰⁷ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem** (understanding media). Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 21-22.

¹⁰⁸ O determinismo tecnológico, aplicado à obra de McLuhan, induziu à interpretação de que ele pensaria a evolução das culturas como decorrentes de uma afetação direta da tecnologia emergente, reduzindo sua compreensão a uma lógica causal, linear e sequencial, onde a tecnologia seria o fator determinante da forma de ser humano. Esta concepção, como adverte Vinícius Andrade Vieira, não seria exatamente correta, porque sua obra (especialmente em *Laws of Media – The New Science*), em diversas passagens sobre as mídias, considera a importância das variáveis sociais, políticas e econômicas, sobre o desenvolvimento humano e, em última análise, da própria tecnologia. É o que se extrai deste livro, escrito em parceria com seu filho, Eric McLuhan: *O fundo provê a estrutura ou estilo de consciência/percepção, o “modo de ver” como Flaubert o chamou, ou os “termos sobre os quais” a figura é percebida (...). O fundo de qualquer tecnologia ou artefato é tanto a situação que o origina, quanto a totalidade do ambiente (médium) de serviços e desserviços que ele coloca em ação. Esses efeitos colaterais ambientais impõem-se, quer queira, quer não, como uma nova forma de cultura.* (PEREIRA, Vinícius Andrade. Marshall McLuhan, o conceito de determinismo tecnológico e os estudos dos meios de comunicação contemporâneos. **UNIRRevista**, vol. 1, nº 3, julho 2006, p. 07).

¹⁰⁹ LIMA, Karina Medeiros. Determinismo tecnológico. **Revista Espiral-Cibéria**. Revista Eletrônica do Núcleo José Reis de Divulgação Científica – PTDC/CNPq. Ano 7, nº.28/ Jul- Ago-Set de 2006, p. 04. Para uma análise mais profunda sobre determinismo tecnológico, consultar: MCLUHAN, Eric. Internet faz ressuscitar teorias de McLuhan. *World Media*. 1995; SANTOS, José Rodrigues. O que é comunicação?”. Lisboa, Difusão Cultural, 1992; WRISTON, Walter B. O Crepúsculo da Soberania. São Paulo, Makron Books, 1994. Para uma visão crítica do determinismo tecnológico: WILLIAMS, Raymond. *Television: Technology and Cultural Form*. London: Fontana, 1990.

individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico.”¹¹⁰

O certo é que, de todo modo, as tecnologias, se não determinam, influenciam a transformação da sociedade, integrando-se ao cotidiano dos indivíduos e definindo seus hábitos, suas atividades, a forma e a intensidade de suas comunicações, tanto em seus momentos de lazer como em seus momentos de trabalho.

A comunicação interativa e coletiva redimensiona o espaço e transforma as relações interpessoais, sociais e econômicas. Com muita frequência, implica desintermediação e irrepresentabilidade, fenômenos referidos por Pierre Lévy¹¹¹, e que têm importância na justificação do objeto do presente estudo na medida em que a desestruturação do papel do legítimo responsável pela disposição da informação implica, por corolário, maior facilidade de disseminação, de um lado, e menor preocupação com a veracidade do conteúdo informado, por outro.

Com efeito, os espaços públicos de comunicação ocupados por intermediários tradicionais, como estações de televisão, de rádio, jornais, editoras, gravadoras, escolas, e assim por diante, que “preenchem uma função de filtragem e de difusão entre os autores e os consumidores de informação”¹¹², deixaram de ser exclusivos. Hoje, com grande facilidade se podem publicar textos sem passar por uma editora ou por um jornal; mensagens ou notícias são facilmente transitáveis no mundo virtual, o que deflagraria, quanto a esta questão, o problema da pertinência e da garantia da autenticidade das informações. Embora se possa reconhecer que as facilidades da veiculação anônima permitam divulgações falsas, imprecisas ou ofensivas, o argumento de Lévy destaca o aspecto positivo deste fenômeno, valendo transcrever: “(...) deve-se observar, em princípio, que na Internet a quase totalidade dos documentos é assinada, podendo-se geralmente, identificar com facilidade o grupo de imprensa, a universidade ou a empresa que coloca uma informação à disposição do público. Numa boa lógica comunicacional, quando mais há

¹¹⁰ CASTELLS, **A sociedade em rede**, p. 108.

¹¹¹ LÉVY, **A revolução contemporânea em matéria de comunicação**, p. 39.

¹¹² Idem, *Ibidem*.

concentração ou monopólio dos meios de informação, mais há risco que se estabeleça uma verdade oficial ‘às ordens’.”¹¹³ E acrescenta:

O pluralismo não é um fator de agravamento dos riscos de manipulação, de desinformação ou de mentira, mas, ao contrário, uma condição para que vozes minoritárias, opositoras ou divergências possam ser escutadas. Enfim, no plano filosófico, a menos que se aceitem os argumentos de autoridade, uma notícia não é “verdadeira” apenas por ter sido anunciada na televisão, um saber não é garantido apenas por ser ensinado na universidade. Ainda que isso desagrade os crédulos e preguiçosos, a verdade não é dada pronta (por quem?), mas está constantemente em jogo em processos abertos e coletivos de pesquisa, de construção e de crítica. Ora, o pluralismo intrínseco e a interconexão do ciberespaço (cuja primeira utilizadora, deve-se lembrar, foi a comunidade científica) favorecem justamente tais processos.¹¹⁴

Estritamente relacionada com esta questão, no extremo oposto, está a privacidade e a intimidade, pois é sintomático, como já dito, que a facilidade em disseminar a informação redunde em um alargamento do âmbito de exposição de informações que, a princípio, deveriam ficar restritas ao espaço privado do indivíduo. Nesta linha, as novas possibilidades de acesso à informação redimensionaram a importância da intimidade, ao mesmo tempo em que “aumentaram a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado por este conceito.”¹¹⁵

A problemática não se concentra, singelamente, em adaptar uma noção concebida em outro contexto histórico e social a uma situação absolutamente alterada, mas implica uma significativa “mudança qualitativa” que “nos incita a considerar os problemas da privacidade de preferência no quadro da organização do poder, no âmbito do qual justamente a infra-estrutura da informação representa hoje um dos componentes fundamentais.”¹¹⁶ Não seria mais possível, segundo Stefano Rodotà, restringir a questão da privacidade ao tema clássico da defesa da esfera privada contra invasões externas, ao direito ao isolamento em uma dimensão individualista. Hoje o quadro é global, preponderando definições que situam em seu centro de gravidade a possibilidade de cada um controlar o uso das informações que

¹¹³ LÉVY, **A revolução contemporânea em matéria de comunicação**, p. 45.

¹¹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 45.

¹¹⁵ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. De Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

¹¹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 24.

lhe dizem respeito e consideram a possibilidade de indivíduos ou grupos controlarem o exercício do poder baseados no acesso e na disponibilização de informações.¹¹⁷

A “mutabilidade funcional” da privacidade, como concebe Bruno Lewicki ao afirmar a variação do seu conteúdo, é própria das constantes exigências sociais e históricas, que, distanciando-se da aceção restritiva do direito ao isolamento, concebe atualmente outros aspectos da intimidade, como “o sigilo das comunicações, o controle sobre os dados e informações pessoais e o respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial.”¹¹⁸

A tecnologia, atualmente, proporciona múltiplas operacionalidades concentradas em um só local, facilitando a atividade desenvolvida por este meio, especialmente aquelas relacionadas ao trabalho. Preocupadas com a produção otimizada, as empresas investem intensamente em tecnologia, notadamente aquelas que utilizam a internet.

As redes sociais¹¹⁹, apesar de alguns indicativos sugerirem uma influência positiva no processo de indução criativa, produtividade e na democracia no âmbito das organizações¹²⁰, ainda são vistas, no âmbito do trabalho, como uma ferramenta de dispersão, induzindo à frequente confusão entre momentos de lazer com o acesso relacionado ao trabalho. Embora o senso comum não o considere, o uso profissional da ferramenta é uma alternativa possível, a exemplo do *linkedin*, que nasceu com o objetivo de aprimorar as maneiras de realização de um contato profissional e,

¹¹⁷ Os dados pessoais possuem, atualmente, um conteúdo econômico que demanda uma maior proteção do indivíduo e de uma delimitação clara dos contornos de sua intimidade, pois, além do espaço da esfera privada de sua personalidade, precisa-se garantir, também, que os dados confiados a entidades públicas e privadas não sejam má utilizados.

¹¹⁸ LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 09.

¹¹⁹ Dentre as mais populares estão o “Orkut”, criado por Orkut Buyukkokten e lançado em 2004 pelo Google (RECUERO, Raquel da Cunha. Dinâmicas de redes sociais no *Orkut* e capital social. 2006. UCPEL/UFRGS. Disponível em <http://pontomidia.com.br/raquel/alaic2006> Acesso em 23 out 2012), o “twitter”, microblog lançado em 2006 e que começou a ganhar popularidade em meados de 2008 (CARVALHO, Luciana Menezes; BARICHELLO, Eugenia Mariano da Rocha. O microblog Twitter como agregador de informações de relevância jornalística. XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. UFSM – RS. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-33178-1.pdf> Acesso em 23 out 2012).

¹²⁰ MORAES, Maurício. Entrei no Orkut porque o chefe mandou. Como aproveitar o potencial das redes sociais para as atividades do trabalho e colaboração. **Revista Info Exame**. São Paulo: Ed. março, nº 277, p. 96-98. Março de 2009.

segundo definição do próprio site, “*indekin is na interconnected network of experienced professional that you need to work with to accomplish your goals.*”¹²¹; pela ferramenta, como apontado, seria possível administrar publicações de perfil, relacionar com possíveis clientes, criar, colaborar, com projetos e soluções, encontrar oportunidades de negócios, informar-se sobre discussões profissionais e buscar profissionais.

Apesar desta funcionalidade, uma pesquisa¹²² feita em 35 países apontou que no Brasil as políticas adotadas pelas empresas têm foco no gerenciamento dos riscos, sem tomar as mídias sociais como uma oportunidade a ser explorada. O levantamento apontou que 55% das empresas brasileiras têm alguma política de restrição, contra 20% registrado pela média global. De acordo com o estudo, os setores que mais controlam o uso de mídias sociais no país são o de finanças (81%), seguindo pelo de transportes (65%). Em um universo de aproximadamente mil empregadores brasileiros entrevistados, 77% deles apontou que o controle visa evitar a perda da produtividade, ao passo que 32% acredita que as restrições no ambiente de trabalho ajudam a proteger informações confidenciais da companhia.

Estas políticas de restrição redundam, com extrema facilidade, invasão da esfera da vida privada e da intimidade do empregado, porque o trajeto do controle daquilo que o empregador considera “finalidade profissional” passa, necessariamente, pela verificação de um conteúdo pessoal, privado. Destas situações cuidarão, mais especificamente, os capítulos subsequentes, importando, neste item, apenas situar que atualmente o controle da atuação do empregado na execução de suas tarefas, com possíveis repercussões em seu direito à intimidade e à vida privada, pode compreender¹²³: a) os procedimentos utilizados para controlar o trabalho, como revistas pessoais, revistas em objetos do empregado, veículos ou em espaços a ele reservados, instrumentos visuais, instrumentos auditivos; b) controle de objetos, fotos,

¹²¹ LINKEDIN, em <<http://www.linkedin.com>> Acesso em 29 out 2012.

¹²² Pesquisa realizada pela Manpower, companhia norte-americana de recursos humanos, e divulgada pela BBC Brasil. Fonte: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/02/100210_midiassociais_pesquisa_nf.shtml> Acesso em 28 out 2012.

¹²³ Na classificação de ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009, p. 285.

enfeites que se colocam no escritório, ao redor do empregado; c) serviços de polícia privada, com o uso, por exemplo, de polígrafo; d) limites estabelecidos para ir ao *toilette* ou para chamadas telefônicas; e) imposição de exames médicos e tratamentos; f) exigência de teste de gravidez.

Os temas extralaborais, por sua vez, compreendem: a) liberdade de pensamento, indagações sobre crença religiosa, opiniões ideológicas, políticas e sindicais¹²⁴; b) aspecto familiar, como estado civil, cumprimento de obrigações familiares, como cuidado dos filhos, pagamento de pensões alimentícias, etc., proibição de matrimônio com pessoas que trabalhem na mesma empresa ou em empresas concorrentes; c) aspectos pessoais, como uso do álcool, drogas e jogo, cumprimento de obrigações ordinárias (devedor perseguido por credores, etc.), alusão à conduta sexual, indagação sobre antecedentes penais, indagações sobre gravidez; d) presença do empregado, como intervenção no vestuário, na higiene e na apresentação do empregado.

No âmbito das novas tecnologias de informação e comunicação utilizadas pelo empregador na prerrogativa do poder empregatício situam-se: o monitoramento por meio de escutas ou equipamentos audiovisuais, o monitoramento de correio eletrônico, os bloqueios a determinados sites da internet¹²⁵, as limitações e gravações

¹²⁴ O direito à igualdade, na atual ordem social e jurídica, compreende também o direito a ser diferente e a não ser discriminado por isso. Como pontua Bruno Lewicki, “é preciso sublinhar, ao definir a igualdade coeva, não apenas a superação da sua vertente formal e a consagração do ‘direito à diferença’, mas também a sua convivência com um direito à *indiferença*. (...) Também esse ‘direito à indiferença’ deve ser examinada na órbita da privacidade, na medida em que diz respeito ao controle das informações relacionadas a uma situação existencial de fundamental importância para o desenvolvimento da personalidade.” ROMITA, **Direitos fundamentais nas Relações do Trabalho**, p. 137-138.

¹²⁵ O site salary.com divulgou, recentemente, o resultado de uma pesquisa envolvendo 3.200 trabalhadores durante o período de fevereiro a março de 2012. Dos entrevistados, 64% disseram visitar sites não relacionados ao trabalho durante o expediente diário. Destes, 39% disseram passar uma hora ou menos por semana em tais sites; 29% disseram gastar até duas horas por semana; 21% perderem até cinco horas por semana; 8% afirmaram perder entre cinco e dez horas semanais em sites pessoais; 3% declararam gastar 10 horas ou mais por semana no computador do trabalho em tarefas pessoais. Questionados sobre quais os sites visitados, a maioria disse verificar e-mails pessoais, visitar sites de notícias, realizar pesquisas no Google, monitoramento de mídia social e compras on line. O acesso ao Facebook está no topo da lista. A gigante da mídia social é visitada por 41% dos entrevistados, seguida pelo LinkedIn por 37%, 31% em Yahoo, 28% em Google e Amazon.com com 25%. A pesquisa também questionou as razões que levam os empregados a tais acessos e se a má remuneração estaria entre elas. Constatou que não. Das seis principais razões pelas quais os empregados desperdiçam tempo no trabalho, ser mal remunerado ficou em último lugar, com 18%. A maioria dos empregados, 35% disse perder tempo no trabalho porque não é desafiado o suficiente, 23% disseram perder tempo no trabalho porque estão entediados, e os demais porque as horas são muito montas e porque a empresa não lhes

de chamadas telefônicas, o uso de detector de mentiras (polígrafo), a instalação de detectores de metais, o rastreamento via satélite ou GPS. Entre os mais atuais situam-se, dentre outros, a vigilância de internet¹²⁶ e a vigilância desktop¹²⁷, o espião de tela¹²⁸ e o *active monitor*, sem contar com softwares ditos maliciosos, como *spyware*, *adware*, *malware*, *parasiteware*, *trojan*, *hijacker*, que servem para visualizar e coletar informações pessoais.¹²⁹

incentiva a trabalhar mais. Dos entrevistados, 30% disseram que sites pessoais como o Facebook e o Twitter são bloqueados no trabalho, enquanto 60% delas disseram que basta usar os seus próprios smartphones, tablets e notebooks para acessar sites pessoais durante o horário de trabalho. A pesquisa menciona um relatório da KPMG International mostrando que, ao restringir ou bloquear o acesso, muitos funcionários tendem a direcionar suas atividades para seus próprios dispositivos pessoais, livres de qualquer monitoramento. Também indagou os entrevistados a respeito da impressão que têm do monitoramento pelo empregador, considerando a influência que a mídia social tem em suas vidas: 79% disseram que não se importam de o empregador bloquear determinados sites e que isso não afetaria sua decisão de trabalhar neste local; 18% disseram que isso seria um ponto desfavorável para a empresa em questão; e 4% disseram que buscariam um lugar mais atraente para trabalhar. Há outro dado paradoxal: é certo, de um lado que as empresas gastam milhões de dólares a cada ano para manter seus empregados e reduzir os custos da rotatividade, mas, de outro, constatou-se que quase a metade dos entrevistados (46%) busca outros empregos durante o horário de trabalho e utilizando os equipamentos do empregador. A pesquisa mostra um outro dado, questionando se haveria, efetivamente, desperdício de tempo: 71% dos entrevistados disseram acreditar que pequenos intervalos durante o dia são benéficos e refletem, positivamente, na produtividade. É um contraponto, pois, que deve ser considerado, embora dependente de verificação empírica. Fonte: <http://www.salary.com>> Acesso em 16.05.2012.

¹²⁶ Vigilância na internet é o acompanhamento da atividade *on line* de um usuário por meio de um programa (analisador de rede, comumente referido por farejador de pacotes) que detecta visitas a sites, visualizações de páginas específicas, e-mails enviados e o respectivo conteúdo, o tempo de conexão, além de downloads e streaming de áudio e vídeo de eventos. Tradução livre. Cf. BEAN, J. *How do employers monitor internet usage at work?* Disponível em: <http://www.wisegeek.com/how-do-employers-monitor-internet-usage-at-work.htm>. Acesso em 20.04.2012.

¹²⁷ Vigilância desktop envolve o monitoramento físico de um computador específico e cada ação tomada por seu usuário. Monitoramento desktop permite interceptar sinais emitidos pelo computador do empregado através do uso de software instalado diretamente nesta máquina. Pode ser instalado direta ou remotamente. Como na vigilância na internet, a vigilância da área de trabalho também permite a leitura de e-mails e confira todos os programas ou arquivos abertos nos computadores dos empregados, mas também monitora o uso do computador enquanto off-line. Normalmente, o administrador do sistema é responsável por monitorar as informações reunidas pela vigilância desktop. Pode procurar ações muito específicas, como a visão de um site inadequado, ou podem fazer uso de um sistema de alerta enviado quando o material inadequado ou texto é transmitido, ao invés do monitoramento constante. Tradução livre. Idem, *ibidem*.

¹²⁸ Espião de tela é um software de gravação de telas, funciona como se fosse uma máquina fotográfica de vigilância apontada diretamente para a tela do computador. Grava a tela do computador a cada cinco segundos (ou intervalo diferente, conforme o ajuste do computador), capturando toda a atividade executada, não importa qual seja. FERNANDES, José Ricardo Honório. **Espião de tela**. I-programas: o portal de soluções para empresas. Disponível em: http://www.iprogramas.com.br/2008/programas/xexs/Espiao_de_Tela.html. Acesso em 20.04.2012.

¹²⁹ “Nesses termos se, antigamente, o invasor da intimidade precisava pular muros e enfrentar alarmes sonoros para invadir a privacidade, hoje ele tem sua vida facilitada na medida em que basta instalar um programa malicioso (*‘spyware’*, *‘adware’*, *‘trojan’*, *‘malware’*, *‘parasiteware’* ou *‘hijacker’*) no disco rígido

As possibilidades lesivas ao direito à intimidade do trabalhador, decorrentes de controle áudio-visual, revistas e sondagens sobre sua vida privada, também são referenciadas por Luiz Eduardo Gunther, para o qual,

Na casuística da lesão ao direito à intimidade (que proíbe descrição de fatos relativos à esfera íntima da pessoa, como a enfermidade; diferente das normas sobre a honra, protetoras de descrição inexata da vida privada do trabalhador – difamação), podem ser citados os seguintes casos: a) revista abusiva; b) controle visual (vídeo) e auditivo (escuta) não autorizados; c) pesquisa do empregador sobre aspectos da vida pessoal do trabalhador, sem que possuam relevância para a atividade que está executando.¹³⁰

Na lista dos mais comuns, e também mais discutidos atualmente, está o monitoramento do correio eletrônico corporativo. A dificuldade em delimitar o âmbito da intimidade do trabalhador avulta, especialmente, nesta hipótese, dada a contraposição entre a funcionalidade profissional e o âmbito corporativo deste mecanismo de trabalho e a proteção circundante das correspondências¹³¹ veiculadas pela pessoa.

Não se pretende proceder a uma análise pormenorizada de todas estas formas de interferência do empregador no direito de intimidade e vida privada do empregado

do computador da vítima para visualizar e coletar as suas informações pessoais”. AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da Liberdade Humana**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011, p.100.

¹³⁰ GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 176.

¹³¹ O e-mail, ainda que não possa receber a mesma proteção legal conferida ao sigilo das correspondências (art. 5º, da Constituição Federal, e Lei nº 6.538/78, que trata dos serviços postais no Brasil), porque não está entre os objetos descritos nos arts. 2º e 7º da Lei 6.538/78 e art. 21, inciso X, da Constituição Federal (Art. 21. Compete à União: (...) X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional), conta, de qualquer modo, com a proteção de inviolabilidade da intimidade e da vida privada do indivíduo, prevista de forma abrangente pelo art. 5º, X, da Constituição Federal (nesse sentido: Américo Bedê Júnior, *in* Restrição a direitos fundamentais: a questão da interceptação de e-mail e a reserva de jurisdição. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/420/337> Acesso em 02.05.2012.); Adriana Carrera Calvo, *in* O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Disponível em http://lfg.com.br/artigos/O_uso_indevido_de_emails_no_ambiente_de_trabalho.pdf Acesso em 02.05.2012.). Não há, no Brasil, como falar em direito fundamental à proteção em face do uso da informática, como ocorre na Espanha: “El art. 18 de la Constitución disse, en su cuarto apartado, que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. El precepto que tiene como único precedente lo dispuesto en el art. 35 de la Constitución portuguesa remite al legislador la regulación de esta materia, lo que no es óbice para que la doctrina deduzca del mismo el reconocimiento de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa.” (Juan Ubillos. *In*: La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Madrid, 1997 – Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 776).

– lícitas ou ilícitas, mas situar, no presente trabalho, as mais comuns e as possibilidades, em seu contexto mais restrito e a partir de situações concretas, de efetivo exercício do “poder de resistência” do empregado no ambiente empregatício.

Em suma, as complexidades de nosso tempo não seguem uma perspectiva linear¹³² e nem se encadeiam separadas das evoluções científicas e tecnológicas em todas as áreas do conhecimento, sendo certo que, sem valorar eventuais avanços ou retrocessos proporcionados, são motivadoras diretas ou indiretas de transformações nas inter-relações sociais e pessoais, delas podendo-se inferir o surgimento de novas situações conflitivas, como as tensões naturais da evolução em si mesma e que só por isso potencializam energia contra o estado anterior, este que representava a estabilidade ante a provocação da mudança resistida, num processo de significação e alcance inerente de variáveis que sujeitas a todo tipo de estado de tensão, não são sequer previsíveis, até mesmo quando as inovações se comportam como *upgrades* ou mesmo tangenciam poucas modificações nas alterações de vivência.

O desenvolvimento das sociedades e os conflitos que lhe são inerentes transferem aos direitos uma expectativa constante de plena e efetiva realização, um quadro de perene insuficiência de ações reais condizentes com o ideal normativo, sobretudo no campo do trabalho, onde sempre presente o combate pela realização do capital em um ambiente interferente na vida real muito antes de uma derivada proteção legal, máxime quando se discute procedimentos e complexidades advindas de processos tecnológicos com potencialidade ofensiva a direitos fundamentais inerentes ao homem-trabalhador.

Os saberes obtidos pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana¹³³ e dos direitos humanos, consubstanciados na

¹³² “a evolução não obedece nem às leis nem aos determinismos prepotentes. Não é mecânica nem linear. Nela não existe um fator dominante que permanentemente comanda a evolução. O futuro seria facilmente predizível se a evolução dependesse de um fator predominante e de uma causalidade linear. Precisamos, ao contrário, partir de uma inépcia de toda predição fundada numa concepção evolutiva tão simplista. A realidade social é multidimensional; ela comporta os fatores geográficos, econômicos, técnicos, políticos, ideológicos... Num dado momento, alguns destes fatores podem ser dominantes, mas existe rotatividade no domínio.” MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Trad. Francisco Morás. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 15.

¹³³ Maria Cristina Irigoyen Peduzzi explica que “No Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana é visualizado simultaneamente, no seu aspecto limitativo de ações do Estado e da própria comunidade e como implementador de direitos que estabeleceu. A forma de

essencialidade construtiva do trabalho não se passam ao largo do Estado, mas deste devem decorrer ações reais para o estabelecimento progressivo de sua efetividade e não é sem função que se exaltam os predicativos principiológicos de tais direitos para além da contenção à dominação¹³⁴, porque passam também a ser suportes de tais regimes políticos, como espirais que legitimam e que mais legitimidade e consistência densificam, interna e internacionalmente, na medida em que mais realizam esses direitos, rotulando-se mais democráticos e legítimos quanto mais possam possibilitar o respeito e a concretização de tais direitos.

As cartas constitucionais no modelo ocidental e ao gosto da forma escrita passaram a reunir todos os elementos a compor a conjugação de formas e valores para realizar os propósitos múltiplos dessa forma contemporânea de ver a realidade, de materializar um momento civilizatório, que além de por fim a dominação pela força física pessoal das investidas noturnas nas penumbras sombrias da maldade pelo exercício injustificado, sem prestação de contas por um poder destrutivo, abominável, bruto e desproporcional, pela exploração do trabalho escravo, degradante, penoso e à inteira disposição do capital, também deve buscar ação protetiva às novas conjunturas advindas das transformações tecnológicas e de economia de mercado e capital, que militam em favor de uma exploração cada vez maior e mais avassaladora, nos moldes propostos pelo sistema do capitalismo exacerbado. Nesse contexto, o constitucionalismo reage com substanciação nos direitos fundamentais e confere proteção aos efeitos nefastos das transformações, sobrelevando o homem como razão e motivo último de todo regramento, conforme alinhamento a seguir.

implementação dos direitos é que se distingue no Estado Democrático de Direito. Ela passa a exigir a participação efetiva dos cidadãos nas decisões públicas. Isso tem consequências na leitura do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto reconhece a capacidade de o próprio indivíduo dizer o que é, para ele, dignidade.” PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 32.

¹³⁴ Sarlet explica que somente ao largo do século XX, com algumas exceções como a Constituição de Weimar de 1919, a dignidade da pessoa humana passou a ser expressamente reconhecida nas Constituições, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e após ser consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 76.

1.3 O Constitucionalismo e o desenvolvimento dos direitos fundamentais como blindagem coletiva e individual aos efeitos deletérios das transformações

A abordagem deste título concentra-se no constitucionalismo e no processo de formação dos direitos fundamentais como instrumentos de proteção jurídica da liberdade e da propriedade inerentes ao indivíduo e de como eles transitaram do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito¹³⁵, de molde a situá-lo como base protetora do homem, relativizando o uso da propriedade privada em razão do cumprimento de sua função social e ao mesmo tempo exaltando os atributos pessoais do homem, creditando direitos como a escolha de trabalho livre, de reservar-se ao direito de não ser bisbilhotado e sondado no mercado de trabalho, de reservar a si mesmo as suas particularidades. Lamentavelmente se explora no passado de cada empregado suas vicissitudes de revés não contando o aprendizado de cada lição e a recuperação possível.

O constitucionalismo “relaciona-se com as transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna”¹³⁶. Compõe “uma das metáforas da semântica social contemporânea”¹³⁷, que, em sentido moderno, “pressupõe precisamente a distinção clara entre o normativo e o cognitivo no contexto da positivação do direito”¹³⁸, impondo o controle do poder ao direito.

¹³⁵ “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: o poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano da ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade”. BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: A reconstrução democrática do Brasil. In: MONTESSO, José Cláudio et al (Coord.). **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008, p. 328-329.

¹³⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 23.

¹³⁷ Idem, ibidem, p. 2.

¹³⁸ Idem, Ibidem, p. 21.

Constitucionalismo, no clássico entendimento de Carlos Sanchez Viamonte¹³⁹, significa a subordinação de todos os atos emanados dos poderes constituídos, que formam o governo ordinário, para quem é necessário fixar o caráter hierárquico da Constituição sobre todas as manifestações de poder. Assinala que a expressão “ordenamento jurídico” é a unidade indispensável em que se deve resolver a harmonia social, tal como aspira, confessadamente, o constitucionalismo. Assim, o ordenamento jurídico a que se refere pertence ao direito positivado, sem apego ao positivismo tradicional.

No aspecto da institucionalização da Constituição, Viamonte define Constituição como sendo uma ordem jurídica integral, fundamental, estável e concreta, que, sem ingressar em minúcias regulamentares, organiza um sistema e estabelece as condições primárias, gerais e permanentes sobre as quais deve assentar a vida social. A principal característica dessa ordem consiste em impor-se por igual a governos e governados. O conteúdo substancial de uma Constituição (lei fundamental escrita) revela-se o círculo máximo dentro do qual se movem, em todas as direções, a vontade de uma nação e daqueles que a compõem.

Prosseguindo no marco teórico clássico de Viamonte, que empresta sustentação à premissa, recorda-se que o autor adota a terminologia de Goldschmidt quanto à *inquebrantabilidade da norma constitucional*, associada à supremacia da Constituição, necessária para a existência real e efetiva do ordenamento jurídico. Daí decorre a valorização da Constituição como círculo máximo do ordenamento jurídico, norteando os círculos concêntricos internos, sobrepostos, que devem guardar o marco constitucional. Sempre que uma lei quebra o cerco constitucional ou o transpõe, perde sua validade e vigência.

Em Maria Helena Diniz¹⁴⁰ a norma constitucional é suprema por ser norma-origem, desde que reconhecida pelo destinatário, quer seja o agente político, quer seja o cidadão (que não o fazendo incorre em desobediência civil). A supremacia se

¹³⁹ VIAMONTE, Carlos Sanchez. **El constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo.** Supremacia, defensa y vigencia de la Constitución. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina (s.d.).

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989.

justifica para a manutenção da estabilidade social e preservação dos princípios (essência) do Estado, cuja guarda está sob a tutela do órgão jurisdicional máximo.

Para Maria Cristina Irigoyen Peduzzi “falar em Constituição, portanto, significa aprender com a história do povo, que revela os princípios constitucionais, o que garante a compreensão de que a sociedade deve estruturar-se no ideal de igual consideração e respeito.”¹⁴¹

A atual Constituição Brasileira (de 1988) é singularmente pródiga na dotação dos direitos fundamentais, sobrelevando de forma clara, já na sua abertura, para consignar o momento histórico de sua ambientação, a dotação de um perfil epistemológico valorativo ao núcleo *indissolúvel*, composto pela fusão de cinco elementos¹⁴²: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, e pluralismo político.

Como pontua Maurizio Fioravanti¹⁴³ a entrada em vigor das Constituições Democráticas, em um processo que tem se revelado ao largo do século XX, legitimou o desenvolvimento de uma nova forma de Estado distinta do Estado de Direito denominada de “Estado Constitucional”, no sentido de se retomar a vocação pluralista e o papel de protagonista da jurisdição, indispensável para o equilíbrio do conjunto que já não se encerra na simples aplicação da lei ao caso concreto como estabelecido pela revolução. Deste modo, se pode considerar o Estado Constitucional como o resultado de toda a experiência do Estado moderno europeu, em seus distintos aspectos, na busca de um centro e de uma lei como expressão de unidade, e de sua ampla tradição pluralista conectada com o papel ativo da jurisprudência. No Estado Constitucional a Constituição está acima de todo o ordenamento jurídico, na medida em que é a portadora dos princípios fundamentais que caracterizam esse regime político, conferindo-lhe identidade no plano histórico-constitucional.

¹⁴¹ PEDUZZI, **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**, p. 13.

¹⁴² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y Constitución**. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *El Estado Moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004, p. 13-43.

As democracias constitucionais passaram a se caracterizar pela positivação de direitos fundamentais com a ideia de rigidez constitucional, não apenas em face de sua superioridade, mas por comandos não infensos a alterações posteriores do legislador ordinário, veiculando um constitucionalismo de proteção, conforme afirmação de Suzanna Pozzolo:

A tradução jurídica da ideia de proteção dos direitos fundamentais não podia ser desvinculada da ideia de rigidez constitucional, determinando a sua superioridade em relação à lei e tornando indisponível ou de difícil à intervenção do legislador ordinário sobre os direitos. Com isso, o constitucionalismo veicula um sistema de valores protegidos da maioria e, ao contrário do ideal procedimental da democracia, baseado sobre o valor da autonomia individual, reconhece um maior valor intrínseco ao sistema de proteção, maior do que aquele reconhecido à autonomia individual.¹⁴⁴

Verifica-se nas constituições democráticas a evidência de sua adesão a um ideal de direitos consolidados segundo a concepção de que um sistema político justo deve respeitar e fomentar o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A formação dos direitos fundamentais deu-se como produto das revoluções burguesas do final do século XVIII, Francesa e Americana, cujos direitos passaram a integrar as constituições modernas como forma de proteção jurídica da liberdade e da propriedade inerentes ao indivíduo.

Durante a Idade Média o poder estava no centro da sociedade em uma relação assimétrica entre poder superior (soberano) e inferior (súditos), a formação social hierárquica estava configurada por uma estrutura de dominação estruturada na semântica religiosa do direito sacro.

No início da era moderna, durante o absolutismo estatal, remanesce a estrutura hierárquica da ordem tradicional na relação entre soberano e seus súditos, porém passa-se de uma diferenciação sacramente fundada de poder e direito, para uma subordinação instrumental do direito à política.

Com a Revolução Francesa de 1789 se estabeleceu a origem de uma nova forma de Estado que inaugura a fase do chamado “Estado de Direito” no Estado

¹⁴⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 81.

moderno europeu, unindo o exercício da autoridade e dos poderes de império ao princípio da soberania, como se verifica no art. 3º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, segundo o qual, “o princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.¹⁴⁵

Na Revolução Francesa os direitos individuais foram afirmados essencialmente contra o antigo regime, contra todo o sistema político e social que se queria destruir por ser considerado como fonte de injustiças e de desordem, neste sentido confiou a proteção dos direitos e das liberdades ao legislador virtuoso, pois este, segundo sua doutrina, representava o povo e a nação em nível superior aos interesses particulares.

Neste contexto, no preâmbulo da primeira Constituição Republicana Francesa de 1791 restou consagrado o compromisso com a liberdade e a igualdade, sem distinções de classes ou hereditárias, bem como assegurado os direitos fundamentais no Título I da Constituição referentes à liberdade na acepção mais ampla possível e à propriedade privada, de modo a sempre impor a valorização do homem.

A Revolução Americana, embora também traga acentuada carga de valorização e garantia dos direitos de liberdade, o seu desenvolvimento possui aspectos diferentes da francesa. No contexto americano não havia nenhum antigo regime a ser derrubado, na medida em que já eram filhos de uma tradição histórico constitucional de valorização dos direitos naturais individuais, segundo a concepção britânica de proteção à liberdade e à propriedade. Os americanos buscavam sua independência em relação à pátria-mãe Inglaterra por considerarem como tirânica as

¹⁴⁵ Ideário da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em defesa dos direitos individuais, consignou como fundamentais os direitos à liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Segundo o art. 1º “os homens nascem livres e iguais em direitos”, o art. 2º, por sua vez, estabelece que “o fim de toda organização política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. No que tange a dignidade o art. 6º estabelece que “sendo todos os cidadãos iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, postos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem nenhuma outra distinção que as de suas virtudes e talentos”. No art. 10 prescreve que “ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas [...]”, e no art. 11 estabelece “a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões como um dos direitos mais preciosos do homem [...]”. Complementa o art. 16 salientando que “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição.” In FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Liberdades Públicas**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 161-163.

ações do monarca Inglês em relação às colônias e ante a falta de representatividade dos colonos americanos junto ao Parlamento Inglês. Segundo Maurizio Fioravanti¹⁴⁶, diferentemente do que ocorreu com a Revolução Francesa, a Revolução Americana se firmou contra toda versão estatista de proteção aos direitos e as liberdades, confiando a sua proteção à Constituição, enquanto norma superior limitadora da atuação do legislador, mesmo aquele eleito democraticamente.

No contexto da Revolução Americana as leis foram subordinadas à Constituição, entendida como fonte máxima do direito, com o fito de tutelar e garantir os direitos e liberdades individuais, contra possível arbítrio do legislador.

A Revolução Francesa confiou a guarda e a defesa dos direitos ao legislador virtuoso, ao passo que a Americana, como acima referido, os acreditou à Constituição enquanto norma limitadora do próprio legislador.

A similitude se apresenta na intenção de defesa, proteção e valorização do homem impondo a intangibilidade dos assim considerados como principais direitos, a saber, a liberdade, a propriedade, os direitos civis e políticos, no sentido de que o Estado existe em função do homem e por isso deve proteger os seus direitos.

Durante o Estado pós-revolucionário a soberania se apresenta como uma força que nasce limitada a uma finalidade principal e exclusiva de gerar uma lei positiva estatal capaz de garantir os direitos individuais em condições de igualdade.

Para Fioravanti, o Estado de Direito pós-revolucionário constitui uma forma de Estado dotado de uma Constituição Liberal, a qual parte da presunção geral de liberdade em favor dos indivíduos, reservando à lei o estabelecimento de eventuais limites ao exercício dos direitos individuais e, como forma de garantia destes direitos, prescreve formas de governo não absolutistas, estáveis e ordenados.¹⁴⁷

Desenvolveram-se, pois, durante o curso do Estado Liberal de Direito os chamados direitos de primeira dimensão correspondentes aos direitos da liberdade, civis e políticos, com vistas à valorização do homem como indivíduo.

¹⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998.

¹⁴⁷ FIORAVANTI, **Estado y Constitución**, p. 13-43.

Seguem-se os direitos fundamentais de segunda dimensão concernentes aos direitos das igualdades (sociais, culturais, econômicos), valorizando o homem como parte de uma coletividade em que o Estado Social de Direito deve intervir com vistas à sua promoção. Tais direitos se desenvolveram em face das grandes manifestações operárias e sindicais após a Revolução Industrial.

Com o Estado Democrático de Direito emergiram os direitos de terceira dimensão chamados de direitos da fraternidade ou da solidariedade de caráter difuso, relacionados à coletividade com vistas à proteção do meio ambiente, dos direitos do consumidor, dentre outros.

Ingo W. Sarlet¹⁴⁸ também pontua a tendência em se reconhecer uma quarta dimensão dos direitos fundamentais relacionada com o direito internacional e as ordens internacionais internas, resultado da universalização dos direitos sociais. Para Paulo Bonavides¹⁴⁹, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Notadamente o desenvolvimento dos direitos fundamentais segundo suas dimensões ou gerações não ocorreu na forma de relações sucessivas, na medida em que foram evoluindo de acordo com as transformações que a sociedade veio sofrendo ao longo do tempo, transformações complexas e socioculturais que importaram no desenvolvimento destes direitos. Neste sentido, Paulo Bonavides¹⁵⁰ explica que o desenvolvimento dos direitos fundamentais do homem em gerações de direitos não se deu de forma linear, mas no curso da história, por meio de um processo cumulativo e qualitativo de surgimento e concretização de tais direitos.

A constitucionalização dos direitos fundamentais por meio da inserção das declarações de direitos nas Constituições trouxe consigo a constante possibilidade de evolução dos direitos do homem, trazendo-o ao centro do ordenamento jurídico como sujeito de direitos, motivo último de todo o ordenamento e organização Estatal.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58.

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

¹⁵⁰ Idem, Ibidem, p. 563.

Entre os instrumentos internacionais de proteção aos direitos do homem podemos citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, a Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959, o Pacto Internacional concernente aos Direitos Civis e Políticos de 1966, aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969, assinada na Costa Rica, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia promulgada em 2000, as Convenções da OIT, dentre outros instrumentos internacionais que preveem a proteção e o respeito aos direitos do homem.

A exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê no parágrafo quinto de seu preâmbulo a reafirmação da fé nos direitos humanos fundamentais, nos seguintes termos:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

E neste sentido a Assembleia Geral proclama:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, por sua vez estabelece em seu preâmbulo:

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...] Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, [...].

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia promulgada em 2000 estabelece em seu art. 1º que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

Muitos são os instrumentos internacionais e nacionais que trazem em seu bojo a proteção dos direitos fundamentais do homem, todos com vistas à sua proteção em face do Estado e nas relações entre os particulares, sobretudo nas relações de trabalho.

Importante mencionar a controvérsia referente à diferenciação entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” que muitas vezes são utilizados como vocábulos sinônimos. A distinção procedente entre os termos, segundo Ingo Wolfgang Sarlet é a de que a expressão “direitos fundamentais” é aplicável aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados, na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que o termo “direitos humanos” relaciona-se com os documentos de direito internacional por referir-se às posições que reconhecem direitos ao ser humano dotados de validade universal para todos os povos e tempos demonstrando um caráter internacional.¹⁵¹

A real importância está no fato de que os direitos fundamentais passaram a desfrutar não só de supremacia formal, mas principalmente substancial, no sentido de fomentar o desenvolvimento e a proteção pelo direito de valores éticos e morais relacionados diretamente à dignidade da pessoa humana.

A partir desta concepção “o direito resgata valores éticos e morais, especialmente com foco central na proteção da dignidade da pessoa humana, isto se dá por meio de adoção de constituições democráticas que vêm estabelecer rol de direitos fundamentais protegidos das majorias parlamentares”¹⁵².

Deste modo, os direitos fundamentais junto à organização estrutural do Estado e à divisão e organização dos poderes formam o núcleo do Estado

¹⁵¹ SARLET, A **eficácia dos direitos fundamentais**, p. 35.

¹⁵² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law***. Tese de Doutorado, PUC PR, 2011, p. 64.

Constitucional, na medida em que a concretização dos direitos fundamentais constitui tarefa a ser desenvolvida pelo Estado em busca de constante evolução.¹⁵³

O Estado moderno evoluiu em direção a uma nova forma de organização coletiva, amplamente discutida como expressão de unidade, que passa a ser a blindagem coletiva e individual, a receita, a fórmula, o viés que separa as ações ininteligidas das dirigidas, e a bem, expressa uma mensagem ao universo a que se dirige, pelos ditames dos princípios, normas, regras, ações, desejos, expressões, regulações pré-postas na Carta de Comando do Estado Constitucional.

Conforme já aduzido, o constitucionalismo relaciona-se com as transformações fundamentais da sociedade, transpondo para os regimes do Poder, pelo menos dentre as democracias ocidentais, o predicado de centralizar a dignidade da pessoa humana, exaltando os direitos humanos e fundamentais e pela prática deles alcançar a realidade da vida, como espirais de legitimação propositoras de satisfação e efetiva realização, de se apresentarem constituições tão mais democráticas e legítimas quanto mais respeitarem e propiciarem o desenvolvimento dos direitos inerentes ao ser humano.

Durante sua história o Brasil possuiu oito Cartas Constitucionais, desenvolvidas nos anos 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, desde a formação imperial, passando para a república, atravessando regimes autoritários, até a formação e consolidação da democracia.

A Constituição de 1988, para Barroso, “representa o ponto culminante dessa trajetória, catalisando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da formação nacional”.¹⁵⁴ Em sua acepção “nem tudo foram flores, mas há muitas razões para

¹⁵³ Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, explica que “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (...). Assim, acompanhando as palavras de K. Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.” SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 68.

¹⁵⁴ BARROSO, **Vinte anos da Constituição de 1988**, p. 317.

celebrá-la”. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa a consolidação do Estado Constitucional Democrático brasileiro.

Em seu preâmbulo a Constituição de 1988 consigna que o Estado Democrático, instituído pelo texto constitucional, destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos da sociedade, fixando a dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, e elenca os direitos e garantias fundamentais, cujo catálogo constitui o resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar.

Neste sentido, Sarlet¹⁵⁵ pontua como características atribuídas à Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, são extensíveis aos direitos fundamentais: a) seu caráter analítico, que ao desconfiar do legislador infraconstitucional busca salvaguardar o maior número possível de reivindicações e conquistas contra eventual deterioração dos poderes constituídos; b) o pluralismo da Constituição, evidenciado por seu caráter compromissário que também se estende ao título dos direitos fundamentais por prever uma série de direitos sociais, direitos clássicos e novos direitos; c) o forte cunho programático e dirigente correspondente ao estabelecimento de programas e diretrizes a serem seguidos e providos, cuja dimensão diretiva também subsiste nos direitos fundamentais, em que pese possuam aplicabilidade imediata por previsão do § 1º, art. 5º, da CF/88.

Como antes aduzido, a Constituição de 1988 consagra condição diferenciada aos direitos fundamentais, ao estabelecer sua aplicabilidade imediata e sua inclusão no rol das cláusulas pétreas (§ 4º, art. 60, CF/88), acentuando por diversas vezes a nítida preocupação de estabelecer, não apenas um mandamento para o legislador desta transcendência irreformável, como obriga ao Judiciário a observar este padrão, aliás, de sua natureza institucional a interpretação da norma e obrigação de juramento para exercício do cargo de Juiz: “juro cumprir e fazer cumprir a Constituição”.

¹⁵⁵ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 75-76.

A elaboração de um amplo rol de direitos fundamentais constitui fato positivo porque consigna um documento explícito desses nominados direitos, com a marca de preservar, proteger e fomentar os nominados direitos naquela sede maior, e de relevância noosférica para a concretização do princípio fundamental da dignidade humana,¹⁵⁶ que não se define por um destaque apenas de liberdade, mas de um conjunto de circunstâncias, que dependem de realização efetiva, de concretude, de condições de realidade material que também acompanham ações efetivas do executivo, de vigilância do executivo e de disciplinamento do Legislativo.

Notadamente, o Título II da Constituição de 1988 não encerra de forma exaustiva todo o rol de direitos fundamentais, uma vez que o próprio texto constitucional não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como se infere da leitura do § 2º do art. 5º, bem como do *caput* do art. 7º o qual estabelece os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Apresenta-se como uma das principais inovações trazidas com a nova carta constitucional, a expressa previsão dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, ao deixar de trazê-los junto ao capítulo relativo à ordem econômica e social, como realizado em constituições anteriores, elencando-os junto ao Título II das garantias e direitos fundamentais.¹⁵⁷ Clève acrescenta que esta previsão é explicada, em parte, pelo momento por que passava a experiência constitucional brasileira na década de oitenta, mas, principalmente

(...) pelo compromisso do Constituinte com os postulados do Estado Democrático de Direito, compromisso que implica determinadas redefinições conceituais no universo dos direitos fundamentais. Explica-se, também, pelo especial modo de elaboração da Constituição Federal de 1988 (favorecendo ampla discussão e disputabilidade) e, mais do que isso, em

¹⁵⁶ Veja-se o art. 5º dotado de 78 incisos e quatro parágrafos e o art. 7º com 34 incisos.

¹⁵⁷ Nesse sentido, Clémerson Merlin Clève aduz que: “Experimenta-se, atualmente, no direito brasileiro, um momento adequado para a discussão a propósito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, sendo necessário aprofundar os estudos constitucionais nesse sítio. (...) A Constituição Federal de 1988 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que, insere-se um dispositivo contemplando esses direitos como verdadeiros direitos fundamentais, introduzindo-os, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional.” CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 17.

virtude da demanda dos movimentos sociais que estavam a reivindicar esses direitos. Verifica-se, desta maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloquente significação.¹⁵⁸

Para Sarlet, de igual forma, “a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais”.¹⁵⁹

A Constituição Brasileira foi aprovada sob o compromisso de realização dos objetivos fundamentais da República, mais do que promessas de respeito e satisfação aos direitos fundamentais, essencialmente em respeito ao anseio popular de elevação e de mais valor ao trabalho, sabidamente dependentes de regulação legislativa e de políticas públicas realizadoras, sujeito sempre às ingerências e a pouca retribuição orçamentária. Exigiu-se mais do que respeito ou do que fúteis discursos promissores e nem era uma constituição que viria a ser, ou de como deveria ser.

Neste novo espaço construtivo, o respeito à dignidade não apenas se relaciona com a liberdade como se dirige às condições materiais de subsistência, evocando a integridade moral de todo ser humano, no qual o trabalho e os direitos sociais exigem do poder público a busca da efetividade, prevista na carta da República.

Os direitos fundamentais não estão elencados meramente como descritivos de uma declaração, como não foram objeto de uma declamação hipócrita e politicamente demagógica para constar no papel, e dar ao povo apenas a sensação de que um dia eles se tornariam direitos de uma futura constituição, pois se foram fruto de engodo todas as demais estruturas também o foram e vive-se sob uma nulidade de princípios e de caráter. Os direitos fundamentais foram e são a vida de cada um e de todos.

¹⁵⁸ CLÈVE, **Para uma dogmática constitucional emancipatória**, p. 17.

¹⁵⁹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 77.

Neste contexto, o direito ao trabalho digno e do acesso ao pleno emprego se apresentam como direitos fundamentais sociais. O trabalhador, como destinatário direto do princípio da dignidade humana tem dupla qualidade, é titular de direitos fundamentais que demandam respeito como ser humano e como realizador-trabalhador da convivência social, sendo titular de direitos contra o Estado e não somente a este, como titular também pelo trabalho. Como cidadão e como partícipe da cadeia produtiva reveste-se de dupla titulação de direitos.

Conforme se analisará com mais detalhe no capítulo seguinte, a inserção do indivíduo na relação de emprego, justamente nesta qualidade de mais-valor, passa a sofrer de desmedida redução de sua intimidade e privacidade, não só a pretexto de exercício do poder diretivo sob as nuances da subordinação e parassubordinação, como também decorre das facilidades tecnológicas de controle abusivamente aplicadas.

Nestas condições se acresce ainda considerar as desestabilizações das constantes alterações de propósitos do sistema capitalista do mercado econômico e produtivo. É possível, neste cenário, o exercício regular da autodeterminação, se não há consciência do meio furtivo, das variações e condições aceitas como integrantes da normalidade? É possível a autodeterminação num quadro de autoenganação coletiva, assentada em uma fugidia consciência maquiada pelo meio, pelo equívoco de que o correto é o corrente culturalizado, de que é assim mesmo?

As ações a serem desenvolvidas pelo Estado devem levar em consideração a preparação e a adequação do trabalhador ao mercado de trabalho¹⁶⁰, no sentido de se aplicar o comando constitucional de direito fundamental social correspondente à busca do pleno emprego e do direito ao trabalho digno, compreendidas todas as esferas de proteção do trabalhador, inclusive sua esfera íntima, principalmente com

¹⁶⁰ “Uma linha de crédito do BNDES, por exemplo, que favoreça a busca de maior produtividade nas indústrias brasileiras não poderá, em princípio, ser tida como inconstitucional. Mas se essa política de crédito supõe alcançar produtividade crescente por meio da substituição dos trabalhadores por máquinas sem a previsão de nenhum mecanismo de preparação do trabalhador para enfrentar novamente o mercado de trabalho, é provável que a política creditícia esteja em desacordo com a normativa constitucional, especialmente com o princípio constitucional do pleno emprego e com o direito ao trabalho.” CLÉVE, **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**, p. 33.

vistas ao respeito ao princípio matriz da dignidade humana, objetivando, em um sentido maior, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Notadamente, no âmbito das relações de trabalho, Wilson Ramos Filho¹⁶¹ lembra que já a partir do final da década de 70, mesmo nos países de capitalismo central, quando as políticas de renovação da legitimidade do capitalismo – fomentadas pela “crise do petróleo” – passaram a surtir efeitos, “o Direito Capitalista do Trabalho passou a sofrer inúmeros ataques com o objetivo de transformá-lo em instrumento de gestão macroeconômica, para torná-lo mais protetivo das classes empregadoras, em vários países,”¹⁶² com a consequente supressão e retirada de direitos.

O autor acentua que a instabilidade do “Direito Capitalista do Trabalho” e o conteúdo ambivalente da tutela estatal incidente sobre as relações trabalhistas pode ser mais protetivo dos direitos e interesses dos empregadores, como entende ocorrer no Brasil, ou mais protetivo dos interesses dos empregados, como na Europa ocidental, que, contudo, a partir da década de 70, também passa por um processo de “internacionalização da precarização das relações de trabalho”¹⁶³, conforme o grau de poder conferido a cada classe em determinada fase histórica. Por precarização, entende “o movimento pelo qual, em sua ambivalência característica, o Direito Capitalista do Trabalho diminui a proteção, em algum aspecto, dos direitos dos trabalhadores e passa a proteger de modo decidido os interesses dos empregadores como um todo ou de setores determinados das classes dominantes.”¹⁶⁴ Neste contexto, tomando-se o Direito do Trabalho como um instrumento de atribuição de poder e renda, a precarização da tutela produz três efeitos, como assinala:

(i) há uma transferência de renda da classe trabalhadora para a classe patronal, geralmente associada a um novo ciclo de acumulação acelerada do capital; (ii) há uma concentração maior de poder nas classes empresariais, com a diminuição dos poucos espaços democráticos existentes nas relações de trabalho, reforçando o autoritarismo e o caráter

¹⁶¹ RAMOS FILHO, **Direito Capitalista do Trabalho**, p. 308

¹⁶² RAMOS FILHO, **Direito Capitalista do Trabalho**, p. 308.

¹⁶³ Idem, *Ibidem*, p. 309.

¹⁶⁴ Idem, *Ibidem*, p. 309.

arbitrário no direito de subordinar; e (iii) o estatuto do salariado perde atratividade para a *maneira de existir* que consagra, em face de outras possibilidades de arranjos produtivos.¹⁶⁵

As políticas neoliberais¹⁶⁶, acentua o autor, justificaram nos anos 90, sem base racional, mas por mera referência a uma doutrina fundada na “força compulsiva dos fatos”¹⁶⁷ e sob a justificativa de ser o único meio de alcançar a eficiência econômica, a ampliação da precarização de garantias sociais, seja pelas empresas, seja pelos Estados. Wilson Ramos Filho sistematiza que, sob o argumento da proteção do mercado de trabalho nacional em meio à crise econômica atual, países como Irlanda, Portugal e Grécia aceitaram propostas precarizadoras em seus sistemas previdenciário e trabalhista, tendo-as por “inevitáveis” e como o único meio viável de receber ajuda do Fundo Monetário Internacional.¹⁶⁸

Neste contexto macroeconômico, de competitividade entre os Estados ansiosos por investimentos capitalistas, inafastáveis imposições do mercado justificariam a degradação da tutela trabalhista, seja por alterações legislativas, seja por meio de mudanças na interpretação judicial conferida às leis preexistentes. A

¹⁶⁵ RAMOS FILHO, **Direito Capitalista do Trabalho**, p. 309.

¹⁶⁶ O neoliberalismo não é, em si, uma ideologia, mas, como acentua, um “conjunto de ações decorrentes de processos naturais de racionalização fundados em alguns dogmas doutrinários que podem ser assim resumidos: (i) diminuição dos impostos incidentes sobre a produção para permitir um acúmulo de capital que possibilite às empresas a realização dos investimentos que lhes pareçam mais produtivos, evitando-se o ‘desperdício’ característico dos investimentos estatais; (ii) os Estados devem se dedicar às suas atividades típicas, dentre as quais a segurança, a política exterior (nela incluídos os gastos militares), a administração da justiça, e a fomentar a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias; (iii) rígido controle monetário e orçamentário para impedir que o Estado gaste recursos provenientes dos impostos em políticas sociais; (iv) como o Estado não sabe gastar e não sabe criar riquezas, não pode querer regular, tarefa que deve ser atribuída à ‘mão invisível’ do mercado (que se autorregulariza para permitir o crescimento indefinido da economia), ou a ‘agências reguladoras’ independentes em relação aos governos; (v) a iniciativa privada sempre é mais eficiente que o Estado, razão pela qual as atividades que não sejam aquelas típicas devem ser privatizadas; (vi) as interferências indevidas do Estado na regulação da compra e venda da força de trabalho devem ser diminuídas tanto quanto possível.” RAMOS FILHO, op. cit., p. 310.

¹⁶⁷ “O capitalismo tomado pelo *terceiro espírito* não se baseia mais na ética protestante (WEBER), mas na ética neoliberal autoritária que se apresenta como ultrarrealista, fundada na *força compulsória dos fatos*, não permitindo questionamentos a seus pressupostos básicos, considerados *naturais*, segundo a lógica do ‘contra fatos não há argumentos’.(...) A submissão induzida pelo neoliberalismo passa a ser uma submissão à realidade dos fatos, à sua inevitabilidade, à natureza das coisas, fundada na *eficiência* e na *competitividade* por exigência do pós-fordismo e não mais submissão a um poder estabelecido, a uma classe social ou a um conjunto de regras (o Direito).” Idem, *Ibidem*, p. 311.

¹⁶⁸ Idem, *Ibidem*, p. 311.

globalização, nesse sentido, tomada falsamente como sinônimo de neoliberalismo, impõe reformas com restrições de direitos sociais:

obrigaria a redução dos direitos sociais como um todo, inclusive aqueles garantidos pelos Estados nacionais, impondo reformas nos sistemas previdenciários e nas contrapartidas estatais estabelecidas pelo Direito Capitalista do trabalho pela aceitação acrítica da submissão dos empregados ao poder patronal. E como a globalização se converteu em processo contra o qual é impossível e inútil qualquer resistência, todas as iniciativas contrárias à precarização de direitos se apresentam como *radicais* ou *irracionais*.¹⁶⁹

E acrescenta o autor, com apoio em Boaventura Sousa Santos:

Resta oculto neste discurso que a globalização neoliberal não é a única forma de mundialização existente, nem a melhor, nem a mais adequada à continuidade da vida, uma vez que, verdadeiramente, existem globalizações, no plural, algumas das quais possibilitando políticas emancipatórias (SOUSA SANTOS, 1997: 105-123). Oculta-se também que radical é a tentativa de impor reformas, e não a resistência às mesmas; e que irracional é tentativa de convencer os trabalhadores que a redução de direitos seria de seu interesse, e não a resistência a tais iniciativas, pois razoável seria a resistência dos trabalhadores à supressão de direitos.¹⁷⁰

Fenômenos como a globalização e o neoliberalismo, sob uma falsa sinonímia, continua o autor, são apresentados como “forças da natureza” e servem, a um só tempo, como “álibi” e como “coação”. Como “álibi”, porque os responsáveis pela precarização de direitos atribuem a “culpa” de suas decisões políticas à competitividade de uma forma abstrata, sem identificar quem seriam aqueles a quem, por necessidade, devem combater; como “coação”, porque impõem um estado de sujeição a partir da ameaça da extinção de empregos pela perda da competitividade, “embora raramente seja declinado em que consistiria dita ‘competição’ que justificaria o retrocesso nas conquistas sociais e nos direitos dos trabalhadores, porque não é de *competitividade* que se trata, mas *da* competitividade como abstração em si e concentrada em si mesma.”¹⁷¹

Neste cenário construído para a precarização, que reverteu a conquista de muitos direitos expressos em leis, muito mais se reconhece a fragilidade de proteção a direitos que demandam uma dimensão ética e abstrata, como os relacionados à

¹⁶⁹ RAMOS FILHO, **Direito Capitalista do Trabalho**, p. 312.

¹⁷⁰ RAMOS FILHO, op. cit., p. 312.

¹⁷¹ Idem, *Ibidem*, p. 312.

proteção da intimidade e da vida privada, ancorados em uma principiologia carente de uma elaboração doutrinária mais densa e de motivações racionais que excedam as fundamentações das decisões judiciais.

Tais considerações revelam que em tempos de predomínio de um pensamento economicista, um constitucionalismo forte tem potencialmente melhores instrumentos para assegurar e melhor proteger a democracia contra discursos demagógicos de legitimação, de ideias impostas midiaticamente por atores com interesses faccionais transcendentais a uma lógica ou racionalidade, impostas para acalmar os mercados, ainda que a custo da divisão global de custos particulares.

Como caminantes de uma jornada melhor, os fundamentos do Estado Democrático de Direito¹⁷², pelo plano do comando consistente da Constituição, fundado nas raízes que emergiram de todas as forças sociais, constituem-se em alicerces de proteção aos direitos e às liberdades do homem contra a ingerência de uma ilusão, de uma construção de crise com sentido de inversão de polo protetivo.

Neste contexto, à espreita, sempre a possibilidade de predomínio de outras forças com matizes fracas de dominação, mas muito mais poderosas pela concentração de poder econômico que, *mutatis mutandis*, dispõem das pessoas, são sagazes perpetradoras de formas abomináveis de controle do ser humano, naquilo que lhe é mais fundamental, o impedimento ao exercício das livres escolhas e a precarização da contraprestação da força de trabalho.

Como resume Wilson Ramos Filho, “a introjeção dos dogmas neoliberais, assim como dos postulados dos novos métodos de gestão (pós-fordismo e pós-taylorismo), na subjetividade das pessoas foi fundamental para o desenvolvimento de políticas que pregaram a submissão ‘voluntária’ de todos às

¹⁷² “A exclusão é perversa e envergonha a nossa própria existência. A dignidade se resgata alavancando, com todo vigor e absoluta prioridade, políticas públicas de inclusão e de efetivo reconhecimento do outro como ser da mesma espécie, também portador de necessidades.

Por sua vez, o Direito, ao lado da Política, da Sociologia, da Antropologia, da Filosofia, da Economia e de outros segmentos do Saber, deve desempenhar relevante papel de promoção dos mais carentes, com o fim de lhes assegurar igualdade de oportunidades.

O direito deve estar voltado principalmente à realização do ser humano, finalidade última. Quanto à dimensão axiológica do Direito, Lourival Vilanova define: ‘O direito é, essencialmente, um esforço humano no sentido de realizar o valor justiça’.” (grifos do autor). SILVA, **Tensão entre capital e trabalho**, p. 277.

precarizações dos direitos trabalhistas e sociais em face da pretensa inevitabilidade dos fatos, da globalização, da competição internacional.”¹⁷³

O ideário de nossa Constituição embala a promessa de renovação, de mudança de paradigmas no sentido de se trazer o homem, enquanto sujeito de direitos, ao centro do ordenamento e das ações a serem promovidas pelo Estado, cujo papel corresponde efetivamente à promoção do homem, *in casu* do cidadão brasileiro.

Considerando nossa realidade existencial imersa em um meio de domínio do capital ingente sobre todas as coisas, dotado de uma doutrina epistemicida dos valores humanos no sistema da giratória cadeia produtiva, os direitos fundamentais funcionam como uma ponte necessária à coexistência entre o mercado, o poder público e o homem, porquanto insere dentro da lógica do mercado a lógica do interesse público de promoção do ser humano, fim último de toda a cadeia produtiva e desenvolvimentista que vige na sociedade contemporânea.

Este embate entre capital e trabalho ainda perdurará por muito tempo. Convém que se expresse que o homem a serviço do capital é também dotado das mesmas qualidades do grupo trabalho, mas a serviço daquele passa a ser um empreendedor contra o outro, como que para se salvar e sobreviver. Ambos são vítimas e quem sabe as alternâncias de lados pudessem redundar em solidariedade e defesa de um primado de contenção à natureza espoliativa do sistema, que precisa ser controlado e melhor regulado.

Viu-se, neste capítulo introdutório, que o trabalho é um dos significantes que mais facilmente permite variações ontológicas da condição humana¹⁷⁴: uma forte dualidade pode ser obtida desta afirmação, decorrente de um condicionamento na conduta humana, pois, de um lado, pode servir de instrumento a serviço de empreendimentos e instituições econômicas, sociais e políticas para finalidades louváveis ou não, e de outro na acepção particular, pode ser o meio puramente

¹⁷³ RAMOS FILHO, **Direito Capitalista do Trabalho**, p. 312.

¹⁷⁴ Considerada, na acepção de Hannah Arendt, as formas de vida que o homem impõe a si mesmo para sobreviver, suprir sua existência, e que, por isso, é variável de acordo com o momento histórico e o lugar onde está inserido. Há um condicionamento presente na conduta humana, especialmente determinado pelos nossos próprios atos, pelo modo como pensamos, sentimos, ou seja, por aspectos internos, e, de outro vetor externo, pelo contexto histórico, cultura, amigos, família. ARENDT, **A condição humana**, passim.

mecânico para realizar necessidades, vitais ou artificiais. O trabalho pode ser opressor, destruturador e, em um momento seguinte expressar a própria razão existencial do indivíduo, como a energia pessoal que realiza, estabiliza, possibilita experimentos de vida, confere dignidade, significando o ser humano em seu plano de existência. É de Confúcio a exaltação do paradoxo: “escolha um trabalho que você ame e não terá que trabalhar um só dia de sua vida.”

Tratou-se do método constitutivo de como o sistema capitalista e suas condicionantes ao modo produtivo, centrado em valores puramente mercadológicos, compromete o sentido dignificante do trabalho e colocam o indivíduo em uma posição incompatível com a fundamentalidade de direitos que a ordem jurídica lhe confere, como exposto no tópico afeto ao sentido axiológico da Constituição.

Viu-se, também, que a imposição de um novo e mutável panorama tecnológico trouxe profundas alterações nas relações humanas, sociais, políticas, referenciais em geral e, em especial, no campo das relações de trabalho, e, com isso, substanciais mudanças no conteúdo da reserva de interesses pessoais. Como assinala Stefano Rodotà¹⁷⁵, em síntese das novas dimensões da privacidade, vive-se em um mundo no qual as informações pessoais deixaram o entorno do exclusivo controle do interessado para pertencerem a uma pluralidade de sujeitos; em que a cessão das informações deixou de ser resultado de relações interpessoais, onde o meio mais recorrente de afronta aos limites da privacidade era a “fofoca”, para assumir a forma de “transações abstratas”. Deixou-se um mundo em que o problema centrava-se no fluxo das informações que saíam da esfera privada do indivíduo para um cenário em que a maior preocupação é o controle das informações que entram, “como demonstra a crescente importância assumida pelo direito de não saber, pela atribuição aos indivíduos do poder de recusar interferências em sua esfera privada, como as derivadas da remessa de material publicitário e do marketing direto”¹⁷⁶.

Neste novo ambiente, eleva-se o valor agregado das informações pessoais, “com uma mudança de paradigma, onde a referência ao valor da pessoa em si e de

¹⁷⁵ RODOTÀ, **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**, p. 127-128.

¹⁷⁶ Idem, *Ibidem*, p. 128.

sua dignidade passou a secundário em relação à transformação da informação em mercadoria”¹⁷⁷.

No ambiente de trabalho, estas transformações são vistas como uma necessidade de mercado, onde o conhecimento de informações próprias da esfera particular do indivíduo é tido como elemento imprescindível à seleção e ao controle de um trabalhador exemplar, minimamente passível de portar ou contrair patologias, rigorosamente centrado na execução de suas tarefas, impassível de momentos de distração e desperdícios preciosos de tempo, e resignado com práticas fiscalizatórias que o colocam, desmotivadamente, como potencial agente de desvios prejudiciais aos interesses de seu empregador.

As inovações tecnológicas, pela facilidade de acesso a informações de natureza pessoal que o empregador reputa ser necessário conhecer, tornaram mais tênue à fronteira entre esfera pública e esfera privada. Destes temas, direito à vida privada e à intimidade, suas diferentes acepções e contornos, e poder empregatício e seus fundamentos, tratará o capítulo seguinte.

¹⁷⁷ RODOTÀ, **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**, p. 128.

2 DIFRAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE EM FACE DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Do desenvolvimento delineado até este momento, o resultado do trabalho de cada um é essencialmente a matriz para a continuidade da plena convivência e sobrevivência de uma universalidade de pessoas, mas individualmente, a despeito do essencial propósito, do reconhecimento constitucional de direitos fundamentais e do valor destacado do trabalho, do reconhecimento de que as forças massivas do meio dominante prevalecem, de que o trabalho é o dispêndio de uma energia pessoal que paga em dinheiro não representa o real valor de sua utilidade, e que avanços tecnológicos tendem a ser opressivos e massivos controladores de sua aviltada intimidade, necessário se faz situar a matriz desta base subordinante.

Neste contexto, a lógica do mercado incentiva a dimensão mais cruel da atividade laborativa, priorizando técnicas que desprezam o indivíduo como pessoa, invadindo esferas outras da vida do trabalhador para além da relacionada diretamente ao trabalho, como se a disposição imposta pelo contrato assalariado implicasse na disposição da própria vida do trabalhador, máxime quando novas técnicas de gestão e inovações tecnológicas, sobretudo de monitoramento, possibilitam uma forma cada vez maior e mais abrangente de controle das atividades desenvolvidas pelo trabalhador sob a justificativa de se estar protegendo os meios de produção, a propriedade, enfim, o capital.

A precarização das relações de trabalho caracterizadas pela pressão excessiva do mercado na busca do lucro, pelas sucessivas reduções salariais, demissões em massa e degradação das condições ambientais de trabalho, evidenciam o exercício de uma liberdade sem limites, danosa ao ser humano, e o desprestígio de valores éticos e morais relacionados ao respeito ao ser humano, à mesma pessoa que transfere sua energia vital nas operações cotidianas de trabalho, energia esta que não mais retorna, porção de vida entregue ao capital e por ele consumida. Subjaz, pois, a importância da conexão estabelecida por meio dos direitos fundamentais respaldados pelo Constitucionalismo, como base estruturante de todo o ordenamento e alicerce de certeza e proteção do ser humano em face das ingerências

e depauperações estabelecidas pelo sistema capitalista de gestão econômica e produtiva.

Assim como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura dentre os direitos fundamentais a garantia do direito de propriedade¹⁷⁸, também prescreve no mesmo artigo que a propriedade deve atender a sua função social¹⁷⁹, de onde se vislumbra a necessária consideração dos aspectos inerentes ao poder de direção do empreendimento, especificamente no que concerne ao chamado poder diretivo do empregador, nas relações estabelecidas pelo contrato de trabalho. O exercício deste poder de comando conferido ao detentor dos meios de produção, de dirigir a prestação dos serviços, e em nome do direito de propriedade subordinar o homem em uma condição inevitável de inferioridade, em troca da possibilidade de aquisição dos bens necessários à subsistência que o salário lhe permite alcançar, se mostra de sobrelevada importância no estudo ora focado, na medida em que possuem influência direta nos efeitos estigmatizantes do trabalho subordinado, na autodeterminação do indivíduo no ambiente empregatício e no respeito e consideração de direitos outros fundamentais à existência do indivíduo como a intimidade e a vida privada.

Outrossim, além da função social da propriedade a Constituição Federal também estabelece em seu art. 1º, inciso IV, como princípio fundamental, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, indaga-se como então compatibilizar o direito de propriedade e a livre iniciativa, neste aspecto também abrangido o poder diretivo do empregador (detentor da propriedade e, assim, dos meios de produção), com a função social que a mesma propriedade deve possuir e, sobretudo, do valor social do trabalho, cuja compreensão não se limita à visão capitalista do sujeito produtivo e útil ao mercado, mas do trabalho agregador, que emancipa, que consigna um modelo dignificante de trabalho e não um modelo opressor.

O questionamento ainda mais se robustece, como já acima referido, quando outros direitos fundamentais, previstos pela Carta Constitucional, se envolvem nesta

¹⁷⁸ **BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade;

¹⁷⁹ **BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

conflituosa relação entre capital e trabalho, máxime quando discutimos o direito à intimidade e à vida privada do trabalhador, que como pessoa humana, cuja dignidade é sobrelevada a princípio fundamental, também espera o respeito e a efetividade de direitos tão fundamentais e ínsitos à existência e ao desenvolvimento do homem como ser social.

Não se olvida também que os direitos sociais, em especial o direito ao trabalho digno, também são alçados pelo texto constitucional à categoria de direitos fundamentais. O trabalhador nessa condição especial é o destinatário direto do princípio da dignidade humana e o titular dos direitos fundamentais, direitos estes que demandam respeito não somente pelo Estado, mas também nas relações privadas dentro da cadeia produtiva a que se inserem trabalhador e empregador.

Nos títulos seguintes, examinar-se-ão os aspectos mais relevantes do exercício do poder diretivo do empregador, sobretudo quanto às questões relacionadas ao poder subordinante e às inúmeras formas de como o comando dos meios de produção se aplicam em face do trabalhador, e neste sentido, como as concepções inerentes ao direito à intimidade e a vida privada, sob a base fundante da personalidade e dos direitos fundamentais, interage nesta conflituosa, porém inafastável, relação entre o capital e o trabalho.

2.1 Fundamentos do poder diretivo do empregador

Poder hierárquico, poder empregatício, poder diretivo, poder de comando, são expressões comumente utilizadas para nominar a dimensão de uma mesma prerrogativa concentrada na esfera jurídica do empregador e que o coloca no comando da atividade “com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de

serviços.”¹⁸⁰ Subdivide-se em poder diretivo (ou organizativo), poder regulamentar, poder fiscalizatório (ou de controle) e poder disciplinar.

A doutrina justralhista alberga algumas teorias tendentes a explicar o fundamento do poder de direção empresarial: *privatística*, que remete ao conceito de propriedade privada¹⁸¹; *publicística*, que tem o poder empregatício como delegação do poder público; *institucionalista*, que induz à noção de empresa como instituição; e *contratualista*, fundada na presença da subordinação jurídica como condição contratual imposta ao empregado no momento da celebração do contrato de trabalho. Estas duas últimas concepções ganharam maior relevo nos últimos tempos, valendo mencionar, todavia, brevemente, a inspiração das duas primeiras.

A teoria privatística situa a origem do poder na propriedade dos meios de produção, construindo-se, assim, “sumamente impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do *poder* no âmbito da empresa e do estabelecimento – característica exponencial das primeiras fases do industrialismo capitalista”¹⁸² e identifica-se, dentre outros, na doutrina de Ubach Chaves, para quem:

A origem do poder hierárquico que o empregador possui e o que justifica e explica a sua existência é o direito de propriedade. No campo econômico e social, ele é o superior econômico; o trabalhador, o inferior econômico. Tais situações, ou melhor, tais condições, transportadas para o contrato de trabalho, isto é, o vínculo jurídico que os liga, geram e explicam, como correlativos, tanto a dependência jurídica ou econômica do empregado, como o poder hierárquico do empregador. Toda e qualquer explicação, que não essa, é contingente.¹⁸³

Rebatendo esta teoria, Nélcio Reis afirma não haver dúvidas de que, sob as inflexões do regime capitalista e até que uma mudança neste panorama se opere, o

¹⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 590. Este autor reconhece preferência pela expressão “poder empregatício”, pois, a seu ver, “poder hierárquico” carrega uma “rigidez incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno intraempresarial de poder.” (Ibidem).

¹⁸¹ No Brasil, o direito de propriedade está consagrado no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, que também preceitua, no inciso XXIII, que ela deverá atender a sua função social.

¹⁸² DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 599.

¹⁸³ *Apud* REIS, Nélcio. **Alteração do contrato de trabalho: alteração por mútuo consentimento – alteração unilateral e rescisiva – culpa recíproca**. 4ª ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 1968, p. 46.

patrão é o *dono da empresa*, compreendida em seu todo, mas “a integração nesta dos trabalhadores não se opera pelo direito de propriedade, e sim pela via contratual, à semelhança das demais ligações entre a empresa e outros organismos da vida social.”¹⁸⁴

O exercício do poder diretivo como decorrente de essencialidade baseada na propriedade não conduz a uma explicação que diferencie as inúmeras situações e relações em razão do próprio poder de mando, não diferencia na relação de produção o trabalho prestado pelo escravo que também era sua propriedade, exceto pela liberdade fora da empresa ou da área de produção, faltando-lhe identificar outros elementos que estão compostos em tais relações, como analisa Maurício Godinho Delgado:

Já de início essa matriz teórica não absorve a diferença essencial no que concerne ao poder situado nas relações de produção servis e escravagistas perante o poder empregatício. Diferença posta pela ideia de liberdade – só presente na última figura -, com todas as consequências que lhe são resultantes. O reducionismo que subjaz a tais concepções privatísticas – concentrando na propriedade e seus efeitos todo o fenômeno do poder no estabelecimento e na empresa – igualiza situações e relações sumamente diversas, eliminando qualquer fertilidade explicativa a suas propostas teóricas.¹⁸⁵

A concepção privatística não transpõe, de fato, o fenômeno da despatrimonialização empresarial, dado que um grande número de empresas virtualmente organizadas, atualmente, não dispõem de um patrimônio concreto, sendo titular, apenas, de uma marca ou um nome. Também não explicaria, sob este mesmo raciocínio, a situação de empregados de profissionais liberais que, embora conduzam um empreendimento, não dispõem de outro patrimônio senão o intelectual. Ademais, as relações entre o empregador e o empregado são estritamente pessoais, não se podendo justificar que a superioridade de um sobre o outro derive do direito sobre uma coisa, um bem.

A delegação do Poder Público em favor do empresário, considerada pela teoria publicística, por sua vez, incorpora matriz autoritária prevalente na cultura ocidental da primeira metade do século XX (fascismo na política, organicismo e

¹⁸⁴ REIS, *Alteração do contrato de trabalho*, p. 47.

¹⁸⁵ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 600-601.

corporativismo no Direito), considerando, ainda, que a possibilidade de aplicar penas disciplinares somente se justificaria por uma delegação do Poder Público.¹⁸⁶ O equívoco da concepção está em desconsiderar elementos cada vez mais importantes para a compreensão da estrutura e da dinâmica da relação de emprego e do exercício de poder em seu interior, como a liberdade, vontade, e o processo multilateral e dialético.¹⁸⁷

Na perspectiva do institucionalismo, por sua vez, a disciplina do trabalho deriva da importância social da empresa como instituição, o que impõe rigor em sua organização interna em prol do interesse coletivo em sua prosperidade. Parte da identificação da empresa como uma comunidade laboral dinâmica e permanente, voltada à concretização de interesses comuns, sob o comando de um empreendedor. Esta visão concebe a ideia de colaboração, pois empregado e empregador estariam unidos por um objetivo comum, que, por fim, sustentaria as prerrogativas de direção conferidas ao segundo. O contrato, nesta acepção, não tem relevância como fundamento do poder empregatício, pois guarda em sua estrutura interesses contrapostos no conflito capital/trabalho, ao passo que sob o viés institucional haveria, na realidade, um ambiente de cooperação entre os envolvidos na consecução da atividade econômica.

Na doutrina brasileira, a teoria foi exposta de forma ampla por Luiz José de Mesquita, que assim discorre sobre a empresa: “A empresa-econômica moderna é uma instituição de direito privado, que desempenha uma função econômico-social em que por isso mesmo, predomina sobre o interesse particular de qualquer das partes individualmente tomadas, o interesse social do grupo, devendo ser assegurado, acima de tudo, o bem comum dele, subordinado, naturalmente, ao bem comum da coletividade em geral.”¹⁸⁸

¹⁸⁶ Argumento formulado na década de 1940 por Cândido Gomes de Freitas: “Em nossa opinião, o poder disciplinar, como aliás todo poder individual de aplicar penas, só pode ser entendido como uma delegação do Poder Público. De outra forma, descambaríamos para a justiça privada, para formas primitivas de organização social.” (FREITAS, Cândido Gomes de. O poder disciplinador no Direito do Trabalho, in Revista do Trabalho, junho de 1944, p. 306, *apud* ROMITA, Arion Sayão. **O Poder Disciplinar do Empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 116-200).

¹⁸⁷ DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 601-602.

¹⁸⁸ MESQUITA, Luiz José de. **Direito Disciplinar do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 37.

Sob o mesmo viés institucional, a presença da subordinação é fundamentada pelo liame de colaboração entre o empregado, fornecedor de uma prestação individual, e o empreendedor. Este vínculo não é igualitário, todavia, em razão da instituição econômica, cujo desenvolvimento impõe uma hierarquia de funções e atividades. Como sintetiza Luiz José de Mesquita:

(...) pela relação de colaboração, as atividades do empregado e do empregador se unem entre si, numa mesma linha de finalidade para com a empresa; porém, como esta, pela sua natureza, é uma instituição social hierarquizada, a união de suas atividades não se faz num mesmo plano de igualdade, mas, sim, com subordinação das atividades do empregado às do empreendedor, através de uma *dependência hierárquica*. Portanto, *colaboração subordinada*.¹⁸⁹

Esta relação de colaboração e subordinação é social, comunitária, distinguindo-se, fundamentalmente, daquela existente no plano contratual, onde há vínculo prestacional e de dependência interindividual entre as partes contratantes.

Observa-se, contudo, que a própria formação de uma estrutura organizativa é resultado da exigência de impor uma disciplina aos interesses em confronto.¹⁹⁰ Assim, o fato de empregado e empregador integrarem uma organização formalmente estruturada não implica que eles tenham, necessariamente, interesses compartilhados. A relação entre capital e trabalho, como visto no capítulo anterior, na perspectiva sociológica, é historicamente marcada por conflitos entre aquele que trabalha e aquele que, por ser detentor dos meios de produção, dirige a prestação dos serviços. A própria disciplina do Direito do Trabalho e toda sua evolução revela que a pacificidade decorre, essencialmente, de concessões ou imposições circunstanciais, sustentadas na necessidade de corrigir assimetrias e compor divergências próprias da luta social. Portanto, como afirma Rui de Assis¹⁹¹, a ideia de uma comunidade de interesses tende mais a uma ficção, um ideal ainda não factível.

Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁹², conquanto mencione algumas vantagens relevantes da fundamentação institucionalista em relação à doutrina

¹⁸⁹ MESQUITA, **Direito Disciplinar do Trabalho**, p. 39-40.

¹⁹⁰ SOUZA MACEDO, Pedro de. **Poder Disciplinar Patronal**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 07-08.

¹⁹¹ ASSIS, Rui. **O poder de direção do empregador**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 114-115.

¹⁹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 395-396.

contratualista, como o fato de melhor corresponder à realidade das relações laborais, pois permite superar a ficção do “acordo” do trabalhador em relação a uma regulamentação que, na verdade, é o produto da vontade unilateral e prévia da contraparte, menciona a impossibilidade destas vantagens transporem duas objeções fundamentais que a teoria institucionalista suscita e que a torna inaceitável, quais sejam: o caráter fictício do interesse comum e a incapacidade para explicar os poderes laborais nos contratos de trabalho de cunho não empresarial.

A afirmação de um interesse comum e a percepção da relação de trabalho como um vínculo pessoal correspondem à “expressa negação da realidade social que está subjacente ao normativo laboral e até a uma contradição infrasistemática, já que a afirmação da comunhão de interesses na relação laboral é, afinal, feita no quadro de todo um complexo normativo estabelecido com base na fundamental divergência dos interesses em causa!”¹⁹³ Quanto à segunda objeção, o conceito de instituição seria insuficiente para explicar os poderes laborais exercidos em relações de trabalho em enquadramento empresarial ou naquelas relações que só determinam uma organização rudimentar, mencionando como exemplos de ambos a relação de serviço doméstico, a relação de trabalho entre um profissional liberal e sua secretária, ou entre o pequeno empresário e seu empregado.¹⁹⁴

Por fim, para os adeptos do contratualismo, o poder de direção empresarial encontra suporte, primordialmente, na subordinação jurídica do empregado como condição para o exercício da atividade. Esta mesma condição de subalternidade do empregado e supremacia contratual do empregador/credor fundamenta o poder disciplinar e o poder de dirigir a atividade. Como observa Maurício Godinho Delgado, é o contrato “o elemento que melhor confere suporte à origem e reprodução jurídicas de tal fenômeno de poder. Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito), que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direito e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno.”¹⁹⁵ A concepção contratual “tem largo potencial explicativo da realidade, dando curso tanto

¹⁹³ RAMALHO, **Do fundamento do poder disciplinar laboral**, p. 399.

¹⁹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 401.

¹⁹⁵ DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 603.

a visões mais assimétricas acerca do fenômeno do poder, como a perspectivas mais dialéticas (e mesmo assimétricas) acerca deste fenômeno.”¹⁹⁶

Na mesma linha, Alice Monteiro de Barros, para quem a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho é mais consistente, dado que esses poderes “são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada.”¹⁹⁷

Com grande expressão da defesa do contratualismo, mais especificamente de sua vertente unitarista¹⁹⁸, Renato Corrado¹⁹⁹ sustenta que a possibilidade de um contrato de conteúdo indeterminado não exclui a possibilidade de que suas prestações concretas sejam tidas, durante a execução, como manifestações do quanto já previsto no momento da contratação. Utiliza a noção de negócio *per relationem*, segundo o qual a determinação da vontade pode ocorrer de forma indireta ou mediata, mediante referência, ainda, a um elemento externo, e esta faculdade de determinação conferida ao empregador não desnatura a unidade do ato. Portanto, quando o empregador exerce o poder diretivo, com base em uma prerrogativa contratual, está apenas declarando o que já estava implícito no contrato.

Márcio Túlio Viana²⁰⁰ adota uma posição intermediária. Para ele, cada teoria explica o poder diretivo de uma forma diferente: a contratualista explicaria de onde vem o poder, sendo o contrato o instrumento que viabiliza a alienação do trabalhador; a privatística indicaria quem exerce o poder, na qualidade de detentor dos meios de

¹⁹⁶ DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 590.

¹⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 582.

¹⁹⁸ O contratualismo comporta duas vertentes doutrinárias: a) os unitaristas (ou utilitaristas), defendendo que o contrato de trabalho sempre contém a previsão, mesmo tácita, de que um dos contratantes dirigirá a prestação de trabalho; b) os dualistas, sustentando que as cláusulas contratuais deferem a ambas as partes o direito subjetivo de exigir o que foi pactuado, e que com a celebração do contrato o empregador passa a ter um direito potestativo em relação ao empregado, não traduzindo uma obrigação, mas uma mera sujeição.

¹⁹⁹ CORRADO, Renato. **La nozione unitária del contratto di lavoro**. Torino: UTET, 1956, p. 183-184.

²⁰⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: Ltr, 1996, p. 131.

produção; e a institucionalista explicaria uma das razões do poder, como necessidade de um grupo organizado.

A direção da atividade empregatícia consta da própria estruturação legislativa do conceito de empregador.²⁰¹ Ao firmar o contrato de trabalho, o empregado obriga-se à prestação dos serviços na forma e nas condições pactuadas, de acordo com as determinações e as decisões que integram o âmbito das faculdades diretivas do empregador, observado o *jus variandi* empresarial²⁰² e os limites legais²⁰³. O trabalhador, portanto, está subordinado ao poder de comando do empregado em face da convenção contratual, e não porque uma visão da empresa como instituição estabeleceria um vínculo de colaboração entre ambos.

Mas, atualmente, sem prejuízo desta concepção, há forte associação dos fundamentos da teoria institucionalista na execução do contrato, pois não há como falar em propriedade ou em contrato de trabalho sem referência ao imperativo constitucional de que eles devem atender a sua **função social** (arts. 1º, inciso IV e 5º, inciso XXII, da Constituição Federal)²⁰⁴. Por esta qualidade, fundada nas ideias do Estado Social, o ser humano está no centro da preocupação do Direito, e assim também ocorre nas relações de trabalho. Disso implica que, apesar de a realização de fins econômicos ser um objetivo inafastável da empresa, a ele deve ser agregada a nobre missão de propiciar o desenvolvimento da dignidade dos trabalhadores postos a seu serviço.

²⁰¹ CLT. 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 serviços. (...).

²⁰² Um dos exemplos desta prerrogativa empresarial reside do art. 469 da CLT, que permite a transferência do local de trabalho.

²⁰³ Como impõe, por exemplo, o art. 468, “caput”, da CLT, ao mesmo tempo em que, no parágrafo único, firma uma faculdade empresarial: Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.”

²⁰⁴ **BRASIL.** “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” “Art. 5º. 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: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social).”

Deste novo atributo que marca o contrato de trabalho e suas implicações sobre o poder diretivo, especificamente no que concerne ao direito de intimidade do empregado, tratará o capítulo final. Como antecedente necessário, o item seguinte tratará do elemento subordinação e das deturpações que a equivocada percepção de seus limites opera, lesivamente, na esfera da personalidade do trabalhador.

2.1.1 A subordinação jurídica do empregado ao poder diretivo do empregador como fator precarizante.

A equivocada percepção dos limites da subordinação jurídica no âmbito das relações de trabalho encerra graves deturpações e compromete, de forma irremediável, a dignidade do trabalhador, nesta, em especial, a sua fração de reserva pessoal e mental de proteção à sua intimidade e das admoestações de mau uso desse conhecimento.

O dever de obediência do trabalhador às ordens e instruções do empregador é uma das manifestações mais evidentes da subordinação jurídica²⁰⁵ que marca o contrato de trabalho. A posição do empregado subordinado à direção do empregador e sob a dependência deste (arts. 2º e 3º da CLT) é de sujeição aos comandos e à disciplina da organização em que se integra. A propriedade permite que seu titular a dirija e dela disponha, pois são seus os frutos desta atividade, assim com os riscos do empreendimento econômico.

O próprio surgimento histórico do Direito do Trabalho pressupõe a desigualdade entre os sujeitos do contrato. Como formulou, com propriedade, Alejandro Gallart Folch, “eminentemente desigual, o direito do trabalho se propõe a compensar com uma superioridade jurídica a inferioridade econômica do

²⁰⁵ Tal é a preponderância da subordinação que há juristas, a exemplo de Renato Corrado, que dispensam da conceituação de contrato empregatício o conteúdo mesmo da prestação de serviços, importando apenas a forma pela qual tais serviços são prestados, ou seja, subordinadamente ou não. (Apud DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 281).

trabalhador.”²⁰⁶ Com base na assertiva aristotélica de que igualdade jurídica significa tratamento desigual a desiguais na medida em que se desiguam, admite-se que o princípio de igualdade não impede que a lei estabeleça regras não idênticas em relação a pessoas que se encontram em situações diferentes.

Wilson Ramos Filho destaca, uma vez mais, a ambivalência do tratamento dispensado pelo Direito do Trabalho à organização da sociedade fundada no capital: “por um lado atribuirá um conjunto de direitos aos empregados como contrapartidas fordistas pelo ‘direito de subordinar’ inerente às relações de emprego (direito este ‘naturalizado’ por inúmeros mecanismos ideológicos de ocultação); por outro lado, colocará os trabalhadores individualmente considerados e a classe trabalhadora com um todo, no *seu devido lugar*: na posição de subordinados, social e politicamente.”²⁰⁷

Neste contexto, a subordinação é, paradoxalmente, uma derivação da autonomia que se atribuiu aos indivíduos livres de negociar sua força de trabalho no mercado capitalista. É mera consequência da compra e venda da força de trabalho, como acentua o autor:

Na ideologia subjacente ao modelo de sociedade proposto no início do século passado, era com base na autonomia da vontade de indivíduos livres, convertidos em partes de um contrato, que a força de trabalho poderia ser comprada e vendida como qualquer mercadoria. O ajuste bilateral haveria de prever o preço do bem, ou seja, o preço da força de trabalho produzida por um corpo humano durante certo período e a quantidade de horas diárias durante as quais aquele ser deixaria de ser autônomo, para ser dirigido, controlado e disciplinado pela outra parte daquele negócio jurídico.²⁰⁸

Sob esta perspectiva a subordinação jurídica, portanto, é mera consequência da compra e venda da força de trabalho.

A liberdade, em que pese constituir o elemento distintivo fundamental entre trabalho empregatício e trabalho servil e escravo, tem preponderância, para o

²⁰⁶ GALLART FOLCH, Alejandro. **Derecho español del trabajo**. Barcelona: Labor, 1936, p. 16.

²⁰⁷ RAMOS FILHO, **Lugar comum**, p. 59.

²⁰⁸ Idem, *Ibidem*, p. 60.

empregado, no momento da efetiva pactuação do liame contratual, esvaindo-se no momento da definição do conteúdo do vínculo contratado.²⁰⁹

O “Direito Capitalista do Trabalho”, conforme acepção de Wilson Ramos Filho²¹⁰, para sustentar o modo de vida que o legitima, procurou assegurar ao longo de todo o século XX a reprodução das relações de produção, ao mesmo tempo em que buscou regular a forma como elas se desenvolviam. O direito de subordinar surge, assim, como uma:

(...) atribuição inelutável de poder por parte do Direito Capitalista do Trabalho a um dos contratantes, para que o capital, agora detentor de um direito assegurado pelas normas jurídicas estatais, imponha à outra parte nos contratos de trabalho uma determinada ordem (regulamentando, disciplinando, fiscalizando e punindo as condutas desviantes desta ordem criada pelo capitalismo à sua imagem e semelhança) e um determinado sentido na organização da produção, assegurado pelos métodos de gestão das empresas e por inúmeros procedimentos de violência privada.²¹¹

Como contraponto, assegurava-se aos empregados um conjunto de tutelas jurídico-políticas, concretizadas por meio de normas legais, concepções doutrinárias e decisões judiciais, que “terminavam por legitimar a própria subordinação.”²¹²

A subordinação jurídica importa, portanto, um estado de dependência do empregado vinculado ao poder empregatício de comandar. Sob esta ótica, a subordinação não precisa ser constante, e nem sempre se manifesta pela submissão a horário ou a controle direto – ou técnico - do cumprimento das ordens do empregador; o que importa é que exista a possibilidade de intervenção do

²⁰⁹ No direito brasileiro, o próprio objeto do contrato de trabalho encontra certa fluidez, em face do disposto no parágrafo único do art. 456 da CLT, *verbis*: “À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.” A contratação, na generalidade das vezes, dá-se para determinada função nominada, sem prévia e precisa especificação de quais atribuições ela compreende. Daí que esta margem legal de variabilidade muitas vezes permite, sob o arbítrio patronal e desde que não haja modificação substancial da função prevista no contrato, a imposição de atribuições que, apesar de correlatas, sequer tinham sido inicialmente concebidas pelas próprias partes contratantes. Esta espécie de norma reforça a cultura enraizada na ordem capitalista de que, pela detenção dos meios de produção, há preponderância dos valores e dos direitos que envolvem o empregador sobre aqueles afetos ao empregado. Conquanto inicialmente balizada, a prestação redefine-se permanentemente nos limites dos chamados poderes hierárquico e disciplinar do empregador.

²¹⁰ RAMOS FILHO, **Lugar comum**, p. 62.

²¹¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 62.

²¹² *Idem*, *Ibidem*, p. 62.

empregador na atividade, dando ordens, comandando, dirigindo e fiscalizando sua execução.

Riva Sanseverino²¹³ assinala que a subordinação varia de intensidade, passando de um máximo a um mínimo, de acordo com a natureza da prestação de serviço e à medida que se passa do trabalho prevalentemente material ao prevalentemente intelectual. Isso significa, como observa Alice de Barros Monteiro, que “a partir do momento em que o empregado se eleva na escala do serviço manual para o técnico ou intelectual, menor é o grau de subordinação a que se subsume ao seu empregador”²¹⁴, sendo maior o grau de confiança que desfruta junto a ele.

Outro critério distintivo é da subordinação subjetiva e objetiva.

Sob o prisma subjetivo, o empregado sujeita-se ao controle de horário e às ordens do empregador (aspecto pessoal), atende às regras de execução da atividade (aspecto técnico) e revela dependência do salário que lhe é pago pelo empregador (aspecto econômico).

A subordinação objetiva, por sua vez, considera a integração do empregado na organização empresarial mediante um vínculo contratualmente estabelecido. Para os autores que defendem esta modalidade, “a relação de trabalho, caracterizada pela subordinação, é uma relação intersubjetiva (por isso, não isenta de conotações pessoais), mas o vínculo de subordinação é de ordem objetiva.”²¹⁵ Este critério, contudo, não vem sendo admitido como critério autônomo na configuração de um contrato de trabalho, por esbarrar justamente na igual possibilidade de inserção do trabalhador autônomo na organização empresarial, o que impede, por ele, diferenciar um vínculo do outro. Pode ser admitido, contudo, se a participação do trabalhador na organização empresarial também implique, em decorrência, observância às diretrizes do empregador a respeito da prestação de serviços e ao seu poder disciplinar.²¹⁶

²¹³ SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de direito do trabalho**. Tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: Ltr, 1976, p. 49.

²¹⁴ BARROS, **Curso de direito do trabalho**, p. 268

²¹⁵ ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 80 e ss.

²¹⁶ Em tais casos, a sujeição ao poder diretivo e disciplinar poderá apresentar-se atenuada, tal como ocorre no trabalho intelectual, caso em que, recomenda a doutrina italiana, o julgador deverá recorrer a

Prevalece, ainda, o critério da subordinação subjetiva. Assinala Alice Monteiro de Barros que o conceito de subordinação como sujeição ou submissão da pessoa do empregado em relação à pessoa do empregador já está ultrapassado, todavia, nos dias atuais, essa assimilação é incompatível com os preceitos constitucionais de liberdade e igualdade²¹⁷. Alinha-se à concepção de Von Tuhr²¹⁸, para quem a subordinação jurídica apresenta-se como uma “obrigação patrimonial de prestação pessoal”, ou seja, o empregador tem o direito de comandar porque é credor do trabalho que o empregado obrigou-se, pessoalmente, a prestar; a subordinação, assim, não incidiria sobre a pessoa do empregado, mas sobre a execução de uma atividade. Refere-se ao trabalho, “ficando o empregado em igualdade de condições na formação da relação jurídica e na manutenção de suas condições essenciais.”²¹⁹

A doutrina italiana refere-se, ainda, ao trabalho parassubordinado como um terceiro gênero, que não tem os elementos tradicionais da subordinação, nem as conotações do trabalho autônomo.²²⁰ José Affonso Dallegrave Neto conceitua parassubordinação como neologismo utilizado para “traduzir a subordinação mitigada, própria de empregados altamente qualificados ou controlados à distância ou, ainda, das figuras contratuais resididas na zona fronteira entre o trabalho autônomo e a relação de emprego.”²²¹

critérios complementares considerados idôneos para a aferição dos pressupostos essenciais da subordinação, entre eles: se a atividade poderá ser objeto do contrato de trabalho, independentemente do resultado dela consequente; se a atividade eminentemente pessoal é executada com instrumentos de trabalho e matéria-prima da empresa; se a empresa assume os riscos do empreendimento; se a retribuição é mensurada em função do tempo do trabalho subordinado, uma vez que a vinculação ao resultado da atividade produtiva revela indício de autonomia; se há um horário fixo e se a prestação de serviços é de caráter contínuo. (cf. Luísa Galantino. *Apud* BARROS, **Curso de direito do trabalho**, p. 287).

²¹⁷ BARROS, op. cit., p. 270.

²¹⁸ *Apud* BARROS, op. cit., p. 270.

²¹⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 271.

²²⁰ São normalmente incluídas neste terceiro gênero algumas atividades artísticas, que, de um lado, sujeitam os trabalhadores, em certa medida, aos modos de realização dos serviços, mas de outro preservam uma certa autonomia, uma certa individualidade.

²²¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações na legislação trabalhista**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 163.

A ordem trabalhista brasileira não disciplina esta figura, pouco recorrente na jurisprudência²²². Na acepção doutrinária e jurisprudencial, a parassubordinação decorre da evolução do conceito de gestão da atividade econômica que propugna a conjugação de esforços entre os envolvidos da cadeia produtiva ou de serviços, entendendo-se a coordenação como a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante sobre o modo da prestação, sem existir, neste vínculo, subordinação no sentido clássico do termo.

O jurista italiano Giuseppe Santoro-Passarelli, com apoio, entre nós, de Otávio Pinto e Silva²²³, defende que a ideia de coordenação indica justamente uma vinculação funcional entre a atividade desempenhada pelo destinatário deste trabalho, e que, ao contrário do que se verifica no trabalho subordinado, o trabalho coordenado não exclui as possibilidades de o prestador de serviços determinar

²²² O TRT da 3ª Região abordou o tema, em julgamento de Relatoria do Des. Luiz Otávio Renault: PARASSUBORDINAÇÃO - JORNALISTA CORRESPONDENTE - NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO RELACIONADO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Encontra-se sob o manto da legislação trabalhista, porquanto presentes os pressupostos do art. 3º da CLT, a pessoa física que prestou pessoalmente os serviços de correspondente jornalístico, onerosamente. Ao exercer a atividade relacionada com a busca de notícias, bem como com a respectiva redação de informações e comentários sobre o fato jornalístico, o profissional inseriu-se no eixo em torno do qual gravita a atividade empresarial, de modo que, simultaneamente, como que se forças cinéticas, a não eventualidade e a subordinação, esta última ainda que de maneira mais tênue, se atritaram e legitimaram a caracterização da relação empregatícia. As novas e modernas formas de prestação de serviços avançam sobre o determinismo do art. 3º da CLT, e alargam o conceito da subordinação jurídica, que, a par de possuir diversos matizes, já admite a variação periférica da parassubordinação, isto é, do trabalho coordenado, cooperativo, prestado extramuros, distante da sua original concepção clássica de subsunção direta do tomador de serviços. Com a crescente e contínua horizontalização da empresa, que se movimenta para fora de diversas maneiras, inclusive via terceirização, via parassubordinação, via micro ateliers satélites, adveio o denominado fenômeno da desverticalização da subordinação, que continua a ser o mesmo instituto, mas com traços modernos, com roupagem diferente, caracterizada por um sistema de coordenação, de amarração da prestação de serviços ao empreendimento por fios menos visíveis, por condões menos densos. Contudo, os profissionais, principalmente os dotados de formação intelectual, transitam ao lado e se interpenetram na subordinação, para cujo centro são atraídos, não se inserindo na esfera contratual do trabalho autônomo, que, a cada dia, disputa mais espaço com o trabalho subordinado. Neste contexto social moderno, é preciso muito cuidado para que os valores jurídicos do trabalho não se curvem indistintamente aos fatores econômicos, devendo ambos serem avaliados à luz da formação histórica e dos princípios informadores do Direito do trabalho, de onde nasce e para onde volta todo o sistema justaltrabalhista. O veio da integração objetiva do trabalhador num sistema de trocas coordenadas de necessidades, cria a figura da parassubordinação e não da para-autonomia. Se a região é de densa nebulosidade, isto é, de verdadeiro fog jurídico, a atração da relação jurídica realiza-se para dentro da CLE e não para dentro do Código Civil, que pouco valoriza e dignifica o trabalho do homem, que é muito livre para contratar, mas muito pouco livre para ajustar de maneira justa as cláusulas deste contrato. (TRT/MG - Proc 00073.2005.103.03.00.5 - Rel. Designado: Juiz Luiz Otávio Renault. DJ/MG 01.10.05).

²²³ SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 107.

autonomamente a modalidade, o lugar e o tempo da realização da prestação contratada.

Alice Monteiro de Barros sintetiza os aspectos que qualificam o trabalho parassubordinado, segundo a doutrina e a jurisprudência italianas: a presença pessoal dominante, da qual deriva a conotação de infungibilidade; a coordenação e a integração funcional com a estrutura da empresa ou com o interesse do sujeito que se utiliza do trabalho alheio; a continuidade do empenho no tempo, até atingir o resultado.²²⁴

Feitas tais considerações, voltemos ao conceito tradicional da subordinação.

A insuficiência do critério da subordinação funcional em determinadas situações, decorrente da racionalização do trabalho e da especialização da mão-de-obra diante das novas tecnologias, avulta na sociedade atual, especialmente nas contratações centradas, fundamentalmente, na qualificação e no conhecimento técnico (*know-how*) do empregado.

Surge, neste contexto, o que se nomina “subordinação técnica invertida”²²⁵, comum das relações de trabalho intelectual. Alice Monteiro de Barros adverte, todavia, que a debilidade do critério da subordinação funcional do empregado em relação ao empregador “não supõe a eliminação da relação de emprego, mas mera insuficiência desse critério em certas situações”²²⁶, como é comum nos casos de trabalho intelectual.

Há autores que concebem uma “nova subordinação”, própria de um “moderno” Direito do Trabalho. Sérgio Torres Teixeira²²⁷, já em 1996, fez menção a um processo de transmutação da estrutura elementar da relação de emprego, causado pela modernização tecnológica. Aludindo à subordinação como o mais

²²⁴ BARROS, **Curso de direito do trabalho**, p. 272.

²²⁵ ERMIDA URIATE, Oscar; HERNÁNDEZ ALVAREZ, Oscar. Considerações sobre os questionamentos acerca do conceito de subordinação. **Revista Synthesis** nº 35/33. Texto resumido e traduzido por Eurides Avance de Souza.

²²⁶ BARROS, **Curso de direito do trabalho**, p. 272.

²²⁷ TEIXEIRA, Sérgio Torres. **O novo modelo de relação de emprego**: repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo empregatício. Revista LTr, São Paulo: LTr, outubro de 1996, p. 1.311.

importante elemento estrutural da relação de emprego, afirmou que ele estaria sendo atenuado ou mesmo superado por dois fatores, que colocariam o trabalhador no domínio da atividade empresarial: a um, pelo alto padrão intelectual e *know-how* dos trabalhadores da era tecnológica, e, a dois, pelas limitações do controle do teletrabalho.

Algumas considerações a respeito desta forma de prestação de serviços, que não é nova, mas que aumentou consideravelmente nos últimos tempos, são necessárias, porque evidenciam uma nova faceta do fenômeno da subordinação, com reflexos importantes no espaço da intimidade e da vida privada do trabalhador.

O teletrabalho é uma modalidade de prestação de serviços à distância, própria das inovações do mercado produtivo de trabalho e particularmente recorrente em atividades que exigem conhecimentos especializados (como tradução, digitação, jornalismo, dentre outros), cujo contato com o empregador se mantém, comumente, por meio de recursos eletrônicos (internet, principalmente).²²⁸

O teletrabalho redimensiona uma das mais contundentes expressões do poder diretivo do empregador, o controle do tempo dedicado ao serviço, mas não o elimina, como se pode supor de início. Isso porque o controle do tempo não pode ser visto sob uma visão simplista de ser apenas factível aos olhos do empregador, em seu âmbito de visibilidade. A dimensão desta ingerência, e sua influência na condição do empregado subordinado, exige uma compreensão muito mais ampla, como ilustra Wilson Ramos Filho, para quem o controle do tempo alheio consiste na primeira e mais importante manifestação de poder:

No capitalismo, o empregador se apropria do tempo de vida de seus empregados, durante parte de cada dia (jornada de trabalho), e condiciona o tempo em que o empregado não está sob seu controle *direto* mediante a imposição de um determinado modo de vida segundo

²²⁸ A Lei nº 12.551/2001 alterou a redação do art. 6º da CLT para fixar que “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.”. Anote-se o equívoco do raciocínio de que o mero exercício de trabalho por meios telemáticos ou informatizados seria capaz de caracterizar relação de emprego: a presença dos pressupostos dos arts. 2º e 3º da CLT (pessoalidade, subordinação, onerosidade, habitualidade) continua imprescindível, mesmo neste ambiente. Mudam, sim, as formas de controle da atividade, não mais diretas como na subordinação jurídica tradicional.

determinada ética, absorvendo tanto que possível as mais distintas potencialidades do fator de produção (força de trabalho) que subordina, degradando a condição humana.²²⁹

Esta é a acepção mais ampla que deve ser considerada no momento de avaliar a relação entre controle do tempo de trabalho do empregado e a subordinação. Não será, pois, a dificuldade de mera marcação temporal dos períodos de trabalho que comprometerá, tampouco excluirá, o vínculo de dependência formado a partir de bases muito mais profundas, como visto.

No teletrabalho, a aferição do tempo desvincula-se, em certa medida, dos relógios, e passa a guardar relação com a intensidade das exigências impostas ao trabalhador, muito além, por vezes, dos limites tradicionais e legais de jornada de trabalho, com a posterior avaliação de sua produção e por meio de uma conexão indireta, por outras vias de comunicação.

Os limites espaciais, de igual forma, redimensionam-se. Avulta, na atualidade, o fenômeno que Aldo Bonomi chamou de “empresa difusa”²³⁰: o processo produtivo e as relações de trabalho transcendem os espaços geográficos da empresa, disseminando-se entre outras várias ou ocupando o âmbito privado da vida do trabalhador.

Não se vislumbra esteja comprometida a subordinação, por tal fator, porque a liberdade do empregado é apenas aparente. A maior das vantagens que lhe é

²²⁹ RAMOS FILHO, **Direito Capitalista do Trabalho**, p. 21. Segundo o autor, a apreensão do uso do tempo pelo sistema capitalista manifesta-se em três aspectos: (i) a *organicidade social*; (ii) a *ética do trabalho*; e (iii) a *racionalidade econômica*. Explica que: “O caráter orgânico da temporalidade capitalista radica em sua função de coerção e coesão social, eis que o controle do tempo está necessariamente incluído no processo de formação de uma determinada vontade coletiva para um determinado fim político. Ao fixar o tempo para o trabalho e o tempo para o não trabalho e, em seguida, ao transformar o tempo de não trabalho em tempo de consumo, resta estabelecido um modo de vida. Esse controle do tempo adquire papel de coesão social fundamental para que se dê a hegemonia da classe dominante, ou seja, se constitua como classe dirigente à sociedade que está a conceber, segundo uma determinada *ética de trabalho*. Não é por outra razão que o poder está intimamente ligado à capacidade de controlar o próprio tempo e o tempo alheio. Com o capitalismo, o tempo de converteu em ponto de referência de toda *racionalidade econômica*, uma vez que todas as categorias relacionadas ao resultado econômico passam a ser medidas através do tempo (taxa de lucro, horas de trabalho, aluguel, dentre outras), impondo rotinas e cadências disciplinadoras aos trabalhadores, dentro e fora dos locais de trabalho, permitindo significativos ganhos de produtividade apresentados como se fossem fruto da racionalidade aplicada à produção, principalmente nos países de capitalismo central.” (Idem, *Ibidem*).

²³⁰ BONOMI, Aldo. **Il capitalismo molecolare: La società del lavoro nel Nord Italia**. Torino: Einaudi, 1997.

conferida nesta nova ambiência, longe do espaço físico da empresa, qual seja, a possibilidade de ajuste entre as atividades profissionais e os encargos familiares, não implica, absolutamente, ausência de sujeição à disciplina e à direção do empregador. Tal controle continua a se manifestar sob roupagem adaptada às novas circunstâncias, particularmente marcada pela abstenção da presença física e da sujeição horária (que não significa, advirta-se, dispensa de horários), mas fundamentalmente centrada, ainda, no caráter comutativo do contrato de trabalho e na forma subordinada da prestação dos serviços. Ainda que o tempo de dedicação ao trabalho possa ser fragmentado – sem implicar, com isso, redução ou ampliação – assumem maior importância e utilidade os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão das tarefas, equiparados, neste contexto “virtual”, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.²³¹

O simples deslocamento entre o local da prestação de serviços da empresa para a casa do trabalhador não elimina a relação de poder existente entre trabalho e capital, nem compromete a submissão do primeiro ao segundo: opera-se, de outro modo, a intensificação do trabalho em uma atividade que pode ser executada a qualquer momento²³² e em qualquer lugar²³³.

A sujeição do empregado continua a existir e, muitas vezes, com decréscimos de outra ordem, particularmente degradantes da vida privada e da intimidade do trabalhador. O discurso e a prática do teletrabalho, além de articular uma retórica autodisciplinar de autonomia e liberdade responsáveis, “tenta conciliar situações e sentimentos contraditórios: afastamento físico e vínculo com a organização, proximidade física e indisponibilidade para a família, autonomia com invasão de

²³¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.551/11. Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

²³² Respeitadas, à evidência, as imposições limítrofes do próprio empregador.

²³³ O teletrabalho impacta o significado de organização, pois a “onipresença” do local e do momento da prestação de serviços relativiza o espaço da organização, que não pode mais ser demarcada no espaço e no tempo. Transcendem suas fronteiras porque os teletrabalhadores podem estar em qualquer lugar; esticam o tempo, porque o trabalho não está mais estrito aos horários convencionais do escritório. A organização pode funcionar ininterruptamente, com qualquer pausa, com teletrabalhadores online de qualquer lugar do planeta.

espaços íntimos, vida privada e trabalho”²³⁴, transferindo ao trabalhador (e à sua família) o desafio de gerenciar tais paradoxos.²³⁵

O fenômeno que se vislumbra é de uma quase onipresença do trabalho, uma inserção direta da empresa nos domínios da intimidade e da vida privada do empregado, especialmente degradante para aqueles que não puderem ou não conseguirem administrar adequadamente o tempo dedicado ao trabalho. Não há dúvidas quanto aos ganhos potenciais do teletrabalho, um deles a produtividade, mas também não se nega a influência negativa do isolamento sobre a participação e o convívio com outros trabalhadores. Este é outro paradoxo: o trabalho adentra a vida privada do trabalhador que, de outro lado, fica circundado por um isolamento que lhe é prejudicial.

De qualquer modo, não se pode considerar, por tais exemplos, comprometida a subordinação. Mesmo porque os avanços tecnológicos prestam-se, no mais das vezes, para intensificar o controle das atividades do empregado, não para relativizá-lo.

As prerrogativas conferidas ao empregador pelo poder de subordinar impõem ao empregado, ao ser contratado, uma inevitável condição de inferioridade, como se a exigência e a presença do pressuposto da subordinação, elemento constitutivo da relação de emprego, implicasse desagregação de princípios, desapego do empregado a valores de personalidade em prol da necessidade de aquisição dos bens que o salário permite alcançar.

Esta troca é cotidianamente concebida nas relações trabalhistas hierarquizadas. É recorrente a contraposição entre a proteção ao direito de propriedade de um e a desvalia à dignidade do outro. Para Aldacy Rachid Coutinho²³⁶,

²³⁴ COSTA, Isabel de Sá Affonso da. **Teletrabalho**: subjugação e construção de subjetividades. RAP. Rio de Janeiro 41(1):105-24, jan/fev. 2007, p. 111.

²³⁵ Como explica Roberto DaMatta, as esferas pessoal e pública – nesta incluído o trabalho – são espaços de significação diferenciada, construídos sobre discursos diferentes, cada qual com seus códigos, comportamentos e condutas particulares. Os dois mundos, o da casa e o da rua, “são mais que menos espaços geográficos (...) são modos de ler, explicar e falar do mundo”, são espaços morais diferentes, de forma que não é possível misturá-los sem criar conflitos. DAMATTA, Roberto Augusto. **A casa e a rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 29.

²³⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia da vontade privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SALERT, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171.

não obstante as doutrinas a respeito do caráter protetor do direito do trabalho, a nítida desigualdade entre empregado e empregador se dá, fundamentalmente, em razão do poder diretivo deste último: “Trata-se de uma garantia do cidadão-trabalhador diante do poder diretivo do empregador – poder de comandar, normativo, de fiscalizar, punitivo; um poder quase absoluto que o caracteriza na contratualidade, agasalhado juridicamente e não legislado, de forma a permanecer intocável.”²³⁷

Os exemplos do cotidiano, notadamente no âmbito do Poder Judiciário, revelam que a partir do momento em que o fator trabalho é agregado às relações entre particulares, notadamente entre empregado e empregador, transparece a cultura da autorização para a degradação da pessoa posta a serviço. Como se a onerosidade do contrato, sob as nuances contrapostas de custo econômico para o empregador e de meio para o alcance de necessidades vitais para o empregado, impusesse ao trabalho um efeito estigmatizante. E a proporção de desrespeito é tanto maior quanto menor o salário²³⁸, a evidenciar que o decréscimo da pessoa está vinculado ao seu grau de necessidade. A ordem capitalista frequentemente confunde a pobreza com fracasso pessoal²³⁹ e, nestas condições, avulta a suscetibilidade de afrontas pessoais, dada a fragilidade do trabalhador assim exposto.

A degradação aqui referida é aquela sutil, impregnada nas relações hierarquizadas trabalhistas como produto de longos séculos de dominação pelo poder, mas por vezes ela transparece de forma mais ostensiva, mais pontual, tendo no assédio moral²⁴⁰ um de seus exemplos mais contundentes.

²³⁷ COUTINHO, op. cit., p. 171.

²³⁸ A percepção é absolutamente empírica, extraída dos anos dedicados à magistratura trabalhista.

²³⁹ Segundo Jessé Souza, em sua obra “A ralé brasileira”, diante da ideologia do mérito imposta em uma sociedade de mercado capitalista, a forma como a sociedade brasileira percebe, hoje em dia, seus problemas sociais e políticos é “colonizada” por uma visão “economicista” e redutoramente quantitativa da realidade social, pois tende a reduzir todos os problemas sociais e políticos à lógica da acumulação econômica. Nesse contexto, as condições econômicas é que trazem valor, respeito e dignidade à pessoa, o que implica na consideração de que são úteis e produtivas diante da sociedade e, por conseguinte, também irão assegurar na prática os direitos e o respeito formal da cidadania quando atingido este ideal de capacidade econômica de consumo. SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 245.

²⁴⁰ A referência ao assédio moral é oportuna porque, além dele expressar com muita eloquência o decréscimo sofrido pelo trabalhador quando de sua inserção na relação de emprego e, por conseguinte, a deturpação do direito de subordinar, também se justifica pelo fato de que sucessivas violações ao direito à intimidade do empregado podem caracterizar esta forma de ofensa,

O assédio moral, uma das piores formas de degradação da dignidade do trabalhador, não é um fenômeno novo, podendo mesmo ter sua origem concomitante ao do próprio trabalho, mas é certo que a globalização e a flexibilização das relações trabalhistas trouxeram-lhe maior intensidade, propagação marcada, paradoxalmente, por uma banalização do problema. O próprio sistema macroeconômico, ao pressupor, como visto, a sujeição do empregado subordinado ao superior hierárquico, favorece o surgimento desta forma de violência.

Heinz Leymann ²⁴¹, ao descrever formas severas de assédio nas organizações, conceituou o *mobbing* como um “conflito que degenera”, como a submissão da vítima a um processo sistemático e estigmatizante de usurpação de direitos, advertindo que se durar muito tempo pode conduzir a vítima à expulsão do mercado de trabalho, quando o indivíduo é incapaz de encontrar emprego devido a

particularmente marcada pela reiteração. O fenômeno recebe denominações diversas no direito comparado: “*mobbing*” (Itália, Alemanha e países escandinavos), “*bullying*” (Inglaterra), “*harassment*” (Estados Unidos), “*harcèlement moral*” (França), “*ijime*” (Japão), “*psicoterror laboral*” ou “*acoso moral*” (em países de língua espanhola), terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa). Segundo Marie-France Hirigoeyen considera-se “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. HIRIGOEYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano**. Trad. Maria Helena Kühner. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2003, p. 65). Wilson Ramos Filhos formula a expressão “assédio moral empresarial” para expressar o fenômeno consistente na deliberada postura empresarial na gestão de recursos humanos característica do capitalismo contemporâneo. O autor questiona a utilidade das demais classificações (assédio moral horizontal, assédio moral vertical, descendente ou ascendente) e da consideração das características pessoais do assediador ou do assediado (no caso do estudo da vitimologia), e considera que, “essas novas formas de gestão implicam práticas institucionais reiteradas de ampliação dos níveis de ansiedade nos empregados, seja quanto ao estabelecimento de metas, seja quanto à intensidade imposta na prestação laboral e seus consequentes mecanismos de controle que terminam por causar sérios transtornos à saúde dos subordinados. Nesse sentido, o próprio modo de gestão, caracterizado por micro-traumatismos ao longo de determinado período, configura a reiteração inerente ao conceito dessas práticas empresariais antijurídicas, aqui cognominadas como assédio moral empresarial.” Nesta acepção, a intencionalidade também não é importante: “O que causa o dano psíquico não é nem a perversão do agente, nem uma estratégia patronal visando excluir o empregado da empresa, mas a maneira pela qual a empresa é gerida. (...) o dano é objetivo, decorre do capitalismo gerencial, cuja moral se configura pela busca do acréscimo da produtividade e da rentabilidade. Essas novas formas de gestão permitiram que, nos últimos trinta anos, o acréscimo de produtividade das empresas fosse maior do que nos duzentos anos anteriores, período durante o qual a participação dos salários no PIB dos países fosse significativamente reduzida, mercê de inúmeras precarizações e do aumento do mal-estar laboral, com graves consequências para a saúde dos trabalhadores.” RAMOS FILHO, Wilson. Bem-estar das empresas e mal-estar laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**. Vol. 8, n. 32, out./dez. 2009, p. 47-68.

²⁴¹ LEYMAN, Heinz. *Introduction to the concept of mobbing*. Tradução livre. Disponível em <http://www.leymann.se/English/11110E.HTM> Acesso em 20 mar. 2012.

uma lesão mental consolidada no local de trabalho anterior. Analisa-o como uma forma particularmente grave de estresse psicossocial.²⁴²

Outros exemplos são comuns na jurisprudência, e situam-se desde a prática de revistas íntimas, imposição de metas intangíveis, colocação do empregado em estado de inação, utilização de técnicas motivacionais ofensivas e, em último grau, outros mais particulares e especialmente graves.

Um caso recentemente julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho²⁴³ bem expressa a deturpação do conceito de subordinação jurídica e o efeito dela decorrente sobre a condição da pessoa enquanto trabalhador subordinado.

Retrata a hipótese de uma empregada que, após retornar do período de licença-maternidade, foi colocada em um posto volante, percorrendo diversos municípios, o que dificultava a concessão do intervalo para amamentar a filha recém-nascida (assegurado pelo art. 396 da CLT). Além disso, teve recusado o pedido de fruição de férias vencidas, aduzido para prestar assistência à filha que,

²⁴² Há casos especialmente graves, como o que envolve a France Telecom. Entre 2008 e 2009, 35 trabalhadores suicidaram-se em razão de problemas enfrentados no trabalho. Um deles, um homem de 51 anos, casado e pai de dois filhos, deixou uma carta à família afirmando que o “ambiente infernal” da empresa motivou seu suicídio. Os sindicatos atribuem o comportamento ao stress causado pela gestão empresarial e pelas condições de trabalho. O escritor Daniel Pink, que já escreveu os discursos do vice-presidente norte americano Al Gore e atualmente dedica-se a escrever sobre livros sobre trabalho e motivação nas empresas, disse em entrevista ao Económico de Portugal, que a “gestão bullying” pode ter contribuído para os suicídios, advertindo, todavia, que a France Telecom não é a única a falhar na motivação das equipas. A France Telecom tem 100.000 funcionários em França. O Estado controla 26,7% do capital da empresa, que em 2008 registou um lucro líquido superior a quatro mil milhões de euros. Fonte: <http://economico.sapo.pt/noticias/> Acesso em 23.03.12.

É de referir, ainda, para ilustrar a propagação do fenómeno, as investigações clássicas de Leymann na Suécia e de Hirigoyen na França. Leymann estabeleceu que 3,5% dos assalariados suecos eram vítimas de assédio, tendo também estimado que 15% dos suicídios eram devidos a *mobbing*. Já Hirigoyen divulgou os dados de um grande inquérito realizado em França na obra “*Malaise dans le travail. Harcèlement moral: démêler le vrai du faux*” (1998, Syros) (traduzido para português para “O assédio moral no trabalho. Como distinguir a verdade”, Edições Pergaminho): 29% de casos entre os 36 e os 45 anos, 43% entre os 46 e os 55 anos, e 19% após os 56 anos; 70% de mulheres vítimas para 30% de homens vítimas; em 58% dos casos, o assédio provinha da hierarquia; na maioria dos casos, o fenómeno originou a “baixa compulsiva”, tendo acabado em afastamento do local de trabalho (36% dos casos) ou despedimento (20%). Os grandes sectores de assédio moral são a “gestão, contabilidade, funções administrativas” (26%), a “saúde” (9%) e o “ensino” (9%). No Brasil, a primeira pesquisa sobre o tema é da médica do trabalho Margarida Barreto, que, em sua tese de mestrado “Jornada de Humilhações”, concluída em 22.05.2000, ouviu 2.072 pessoas, das quais 42% declararam ter sofrido repetitivas humilhações no trabalho. Fonte: <http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/ambiente/arquivos/>.

²⁴³ AIRR-3677-65.2010.5.12.022 – Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 23.03.2012.

então, apresentava problemas de saúde²⁴⁴, foi acusada de utilizar esta doença para não trabalhar, e, ainda, encaminhada para realizar curso de reciclagem em localidade distante, quando a menor, que veio a falecer em razão de encefalite viral, já estava doente.

Restou comprovada, neste caso, a intenção do empregador em obrigar a empregada a pedir demissão, em virtude das dificuldades que lhe foram impostas por sua condição de lactante. Também restou assentado que o empregador, apesar de não poder ser diretamente responsabilizado pelo óbito da filha, ao impor longos períodos de separação em um momento tão delicado e ao privar a criança da possibilidade de, pela amamentação²⁴⁵, receber as propriedades imunológicas essenciais à proteção contra doenças, inclusive a encefalite, “não somente retirou da mãe uma prerrogativa que a lei lhe garantia, mas também feriu de morte a criança que dependia exclusivamente desse conjunto de elementos protetivos destinados a assegurar-lhe o direito de sobreviver, de crescer sadia física e mentalmente e ter uma boa qualidade de vida.”²⁴⁶

²⁴⁴ Este fator não foi isolado. Mas nele reside um conflito a impor a definição, nas circunstâncias dos autos, do bem preponderante: de um lado, a lei assegura ao empregador escolher a época da concessão das férias (cf. art. 136, caput, da CLT: “A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador.”); de outro, a premente necessidade da empregada de usufruir, naquele momento, das férias já vencidas. Neste contexto, considerada a força normativa da Constituição Federal e a inserção da dignidade da pessoa humana como um de seus postulados, é de se questionar se a prerrogativa legal deferida ao empregador, nas circunstâncias concretamente verificadas, transporia os limites impostos pela “filtragem constitucional” (cf., a respeito deste fenômeno, SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 25). Mesmo porque, o parágrafo 2º do referido art. 136, defere ao trabalhador estudante a opção de fazer coincidir suas férias com o período de férias escolares, o que geraria um contrassenso jurídico negar esta possibilidade de opção a outro trabalhador, ausente impeditivo válido, diante de razões substancialmente mais ponderosas, como, em caso, da mãe dar assistência à recém-nascida com grave problema de saúde. Em outro contexto, todavia, sob o critério das relações condicionadas de precedência, referido por Alexy, outra poderia ser a conclusão.

²⁴⁵ A decisão consignou, quanto à possibilidade de armazenamento do leite materno, que não era possível exigir da Reclamante algo além dos limites da razoabilidade. O Ministério Público do Trabalho ponderou, no caso: “(...) a empresa violou o art. 396 da CLT em dias alternados, não se podendo afirmar que a reclamante soubesse ou pudesse prever quais seriam os dias em que não poderia amamentar. De outra parte, o congelamento do leite destrói células ativas benéficas ao bebê e reduz os níveis das vitaminas B6 e C. O armazenamento do leite materno não muda essencialmente o valor nutricional desse leite, mas as propriedades imunológicas são reduzidas em muitas das técnicas de armazenagem.”

²⁴⁶ AIRR-3677-65.2010.5.12.022 – Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 23.03.2012

Por mais complexas e primorosas sejam as expressões da teoria, a realidade é infinitamente mais contundente. Ao associar a figura do empregador com as exigências por ele impostas à prestação de serviços, nas circunstâncias dos fatos, fica difícil conceber que outra figura possa, para esta trabalhadora, ter valor mais degradante que o trabalho.

Neste ambiente ideológico neoliberal, ganham relevância os recentes estudos sobre as consequências patológicas de práticas de gestão consideradas agressivas e ofensivas à dignidade humana sobre a integridade psíquica do trabalhador²⁴⁷.

Em sua obra “A banalização da injustiça social”, embora no contexto francês, Christophe Dejours trata da influência direta e indireta das questões econômicas sobre o mundo do trabalho. Para ele, o desenvolvimento da competitividade tem sido usada como arma para justificar, em uma “guerra econômica”, a utilização de métodos cruéis contra os cidadãos. Considera o equívoco da perspectiva individualista imposta ao trabalhador, segundo a qual os indivíduos somente sobreviverão no mercado de trabalho quanto mais competitivos e eficientes se tornarem em comparação a seus colegas. Que a necessidade de manter os empregos e, por corolário, a sobrevivência, não justifica transpor na ordem de prioridades princípios e valores fundamentais ao ser humano.²⁴⁸

Sob a ótica da gestão dos métodos produtivos, Dejours adverte que para fazer o mal não é indispensável querê-lo ou desejá-lo deliberadamente:

O mal aparece às vezes não como resultado de uma estratégia complexa ou diabólica, nem de uma maquinação que implique a mobilização de uma inteligência fora do comum, como o sugerem todavia os complôs, as conjurações, as emboscadas, os estratagemas civis e militares, as vinganças longamente planejadas, os planos de ação maléficos urdidos por

²⁴⁷ Nunca se foi tão longe ao reconhecer a vinculação de certas patologias a agressões morais praticadas no trabalho. Por meio da psicologia do trabalho, busca-se a compreensão dos fenômenos que massificaram, nos últimos tempos, as ofensas à integridade física e psíquica dos trabalhadores. “Partindo da análise do sofrimento nas situações comuns de trabalho, a psicodinâmica do trabalho vê-se hoje impelida a examinar como tantas pessoas de bem aceitam prestar sua colaboração num novo sistema de gestão empresarial que vai constantemente ganhando terreno nos serviços, na administração do Estado, nos hospitais, etc., do mesmo modo que no setor privado. Novo sistema que se baseia na utilização metódica da ameaça e numa estratégia eficaz de distorção da comunicação. Sistema que gera adversidade, miséria e pobreza para uma parcela crescente da população, enquanto o país não para de crescer. Sistema que tem portanto papel importante nas formas concretas que assume o desenvolvimento da sociedade neoliberal.” DEJOURS, **A banalização da injustiça social**, p. 138/139.

²⁴⁸ DEJOURS, **A banalização da injustiça social**, p. 138/139.

muito tempo em segredo etc. É que, nesses casos, pensamos nos organizadores, nos idealizadores, nos chefes, nos líderes das ações maléficas. Não! O mal, a barbárie podem ser produzidos sem o concurso da inteligência e da deliberação, simplesmente, sem esforço, quase pacificamente: banalidade do mal tão encontradiça entre os ‘figurantes’. Os agentes que colaboram na *execução zelosa* do mal, da violência ou da injustiça, sem serem seus idealizadores, são por vezes acometidos da mesma banalidade que o mal de que participam. Eles são apenas as engrenagens de um sistema, mas ficam satisfeitos quando conseguem ser boas engrenagens: a banalidade de sua personalidade é pois da réplica psicológica da banalidade do mal.²⁴⁹

O exemplo acima referido, julgado pelo TST evidencia que as consequências de um ato podem assumir dimensão maior do que se pretende, objetivamente.

Trabalhar não é apenas ter uma tarefa para cumprir, significa também viver a experiência, enfrentar a resistência do real, construir sentido do trabalho, para a situação e para o próprio sentimento de prazer ou sofrimento. Mas há, na realidade, uma conduta de abnegação, onde os trabalhadores, os gerentes e até a alta cúpula das empresas, ou seja, todos tendem a se defender da mesma maneira, negando o sofrimento alheio e calando o seu.²⁵⁰ Esse sofrimento aumenta com a constatação de que o esforço não permitirá satisfazer as expectativas criadas no plano material, afetivo, social e político, e que ele, ao invés de “desativar a maquinaria de guerra econômica”²⁵¹, alimenta-a.

Esse sistema não é novo nem extraordinário:

A novidade não está na iniquidade, na injustiça e no sofrimento imposto a outrem mediante relações de dominação que lhes são coextensivas, mas unicamente no fato de que tal sistema possa passar por razoável e justificado; que seja dado como realista e racional; que seja aceito e mesmo aprovado pela maioria dos cidadãos; que seja, enfim, preconizado abertamente, hoje em dia, como um modelo a ser seguido, no qual toda empresa deve inspirar-se, em nome do bem, da justiça e da verdade. A novidade, portanto, é que um sistema que produz e agrava constantemente adversidades, injustiças e desigualdades possa fazer com que tudo isso pareça bom e justo. A novidade é a banalização das condutas injustas que lhe constituem a trama.²⁵²

²⁴⁹ DEJOURS, **A banalização da injustiça social**, p. 137.

²⁵⁰ Célebre a frase de Martin Luther King: “O que mais preocupa não é o grito dos violentos, nem dos corruptos, nem dos desonestos, nem dos sem-caráter, nem dos sem ética. O que mais preocupa é o silêncio dos bons”.

²⁵¹ DEJOURS, op. cit., p. 137.

²⁵² DEJOURS, **A banalização da injustiça social**, p. 139.

A banalização de condutas injustas facilita a adesão de pessoas potencialmente capazes de violar a dignidade alheia, destrói a sensibilização com o próximo, desestabiliza as relações sociais e profissionais ao colocar a concorrência e o intuito pecuniário acima de qualquer valor.

Todas estas questões revelam que a visibilidade que se confere às agressões laborais cotidianas, como ilícito, pelo tratamento legislativo, regulamentar, ou pelas ações deduzidas perante o Poder Judiciário, é apenas uma parte, infinitamente menor, da urgente necessidade de não sobrepor às dificuldades naturais do trabalho, o abuso, a ofensa, o “mal banalizado”, pois isso, em chão firme, na vida real, implica um problema muitas vezes insuperável para quem depende do trabalho para prover a si e aos seus.

Analizou-se, em suma, nos itens anteriores, as diferentes conotações do paradigma trabalho, em especial sob o enfoque do modo capitalista de produção, e sua importância central na vida das pessoas, seja para atender suas necessidades (vitais ou artificiais), seja para conferir-lhes, verdadeiramente, um sentido de vida emancipatório. Em seguida, a despeito desta importância, avaliou-se em que medida o elemento subordinação, como estruturante da relação de emprego, precariza a condição de trabalhador, impondo-lhe um decréscimo que a relevância de seu papel, na sociedade ou no setor produtivo, não admite.

Nesse contexto, o item seguinte examinará em que ponto se encontra a proteção da vida privada e da intimidade do trabalhador necessários para o exame e transposição deste modelo desagregador e precarizante, e em que medida pode-se buscar uma efetiva e real proteção. Deste questionamento surge a necessidade de buscar aportes à proteção da intimidade e vida privada do trabalhador nos atributos relacionados à personalidade como base fundante de tais direitos, bem como suas dimensões protetivas em face de uma realidade laboral e social composta pelos mais variados tipos de agressões. Tais considerações demonstram a interface necessária e inevitável do exame do exercício do poder diretivo do empregador juntamente com a relação de subordinação jurídica inerente às relações de emprego e sua consequente afetação no âmbito da intimidade e da vida privada do trabalhador, diante do que se

passa ao exame das concepções inerentes ao direito à intimidade, sobretudo relacionadas ao trabalho subordinado, e considerações a respeito do tema.

2.2 Concepções inerentes ao direito à intimidade

Para o pleno desenvolvimento e manutenção da vida biológica os homens realizam e satisfazem suas necessidades pelo labor. Como um marcador de certeza de nossa evolução civilizatória, o trabalho não apenas nos relaciona como é o meio pelo qual se constrói este mundo artificial, onde as pessoas podem desenvolver as suas habilidades e qualidades não apenas para si, mas como condição humana plural em prol de uma esfera social mais abrangente, que envolve tanto o espaço público como o espaço privado.

Na compreensão de esfera pública, em Ilton Norberto Robl Filho, transfere-se o sentido da demarcação originária de espaço público que foi gradativamente sendo “colonizado por assuntos particulares”²⁵³, onde temas relativos à manutenção e ao desenvolvimento da vida biológica, tratadas e efetivadas anteriormente na esfera privada, invadiram a esfera pública moderna, tornando os dirigentes do Estado-nação chefes de uma grande família, composta por todos os cidadãos, nacionais, concluindo que questões extremamente de âmbito privado foram transferidas para a esfera pública, conformando a esfera social “que legitima e promove a propriedade privada e a riqueza não mais como requisitos de legitimação na participação da esfera pública, e sim como objetos, por excelência, da política moderna”²⁵⁴, estabelecendo uma profunda relação entre o trabalho e a construção da vida privada e da intimidade, derivando do trabalho o numerário para construir a sua morada e nela edificar a sua reserva com os seus, de desenvolver-se em todas as áreas educacionais, de ter acesso às artes, à saúde, e todos os demais bens necessários para a sua existência.

²⁵³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada**. Curitiba: Juruá, 2010, p.49.

²⁵⁴ ROBL FILHO, op. cit., p. 50.

O espaço privado e o espaço público foram miscigenados, enleados e tomados pela esfera social, decompostos para um lugar indeterminado, não tendo um *locus* específico, como afirma Ilton Robl, estabelecendo o conceito de intimidade como uma reação ao viver de forma pública, de não se submeter a uma constante pressão causada pela padronização regulatória da estandarização da esfera social, vivendo uma relação paradoxal dessa revolucionária subjetividade com “a dificuldade de viver em sociedade e a impossibilidade de viver para além dela, pois apesar de o homem moderno não se sentir bem em sociedade, sabe que é inconcebível uma forma de existência fora da sociedade moderna. Ainda, marcam esse homem moderno a constante alteração do seu estado de espírito e uma subjetividade radical em todos os assuntos e ações relevantes aos seres humanos”²⁵⁵.

Inicialmente a reserva de intimidade constitui-se em uma oposição do homem contra a opressão social estabelecida pela esfera social, que com ela trouxe a sujeição incondicional ao dever, o enaltecimento de virtudes e a necessidade de esforço e trabalho pessoais para se conformar a um tipo de comportamento esperado, impondo-se a inúmeras regras, normalizando-se mais ou menos como seus membros, a despeito da promoção da riqueza compartilhada como a razão de ser da esfera pública, do advento da economia política asseverar o sacrifício pessoal em favor do bem comum, de que a desvalia do trabalho é meta geral e sua dedicação ao capital é a base fundante do liame em sociedade.

Nesse contexto, os dilemas da vida moderna e a alteração nos padrões da vida privada transferem intranquilidade, transmitem incertezas e dificuldades para se atuar individual e socialmente, exigindo maior compreensão da vida privada e da intimidade como elemento fundamental da personalidade humana.

A elaboração do conceito de personalidade humana é uma construção recente que advém da necessidade de se preservar o desenvolvimento de direitos humanos como centro das preocupações dos juristas e supõe um substrato axiológico de se repersonalizar, para proteger além da vida biológica em sentido estrito, os bens físico-psíquicos de cada ser humano, como as faculdades do espírito, da vontade, dos sentimentos, da emoção, dos valores, que são profundamente influenciados pelo

²⁵⁵ ROBL FILHO, **Direito, intimidade e vida privada**, p. 60.

ambiente de convivência, notadamente do trabalho e da realização possível na intermitência da esfera social.

Não é objeto deste trabalho o estudo da personalidade como aptidão para ser sujeito de direitos, como pressuposto para aquisição e titularidade de direitos e deveres e nem de percorrer os seus elementos descritivos e individualizadores, mas examinar especificamente a vida privada e a intimidade do ser humano trabalhador em ação, contextualizadas pelo ambiente de trabalho, sob a cáustica ação subordinante alinhada aos termos da dimensão capitalista e econômica da produção e circulação de bens e riquezas, a fim de examinar ao fundo as perturbações decorrentes à autodeterminação.

Sob qualquer abordagem, os direitos da personalidade são expressões da dignidade da pessoa humana e fundamentos da própria plenitude do ser humano, sem os quais sequer é possível alcançar um patamar mínimo de civilidade²⁵⁶, convindo destacar para este trabalho, que se concebe a personalidade como “uma unidade físico-psico-ambiental que coordena e assume as suas funções e que é composta por uma grande multiplicidade e diversidade de elementos, internos e ambientais, que integradamente se funde em um conjunto que os ultrapassa, os referencia e os projecta e que em si mesmo tem uma dinâmica própria”²⁵⁷, como bem afirma Tartuce²⁵⁸, Maria Helena Diniz²⁵⁹ e Enoque Ribeiro dos Santos²⁶⁰.

²⁵⁶ Nesta linha, por proposição de Pietro Perlingieri e Gustavo Tepedino, a IV Jornada de Direito Civil, realizada em 2006, aprovou o Enunciado nº 274 do CJP/STJ, que prevê na primeira parte da ementa: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal.”

²⁵⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 199.

²⁵⁸ “Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais e o indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte.” TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 142.

²⁵⁹ “Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social). (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 16ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102).

²⁶⁰ Enoque Ribeiro dos Santos inclui o direito à integridade psíquica, pois ela “não pode ser dissociada

No mesmo sentido, Luiz Eduardo Gunther, destaca que o conceito de direitos da personalidade está fundado no princípio da dignidade enquanto fundamento da Constituição brasileira, segundo aduz “Alicerçam-se constitucionalmente os direitos da personalidade no princípio da dignidade humana, que se constitui em fundamento da República brasileira (CF, art. 1º, III). Conceituam-se como direitos da personalidade aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos ou morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.²⁶¹

Interpreta-se o critério adotado pelo Código Civil brasileiro no sentido de que a tutela dos direitos de personalidade é ampla e genérica²⁶², sem exaustão do rol de direitos sob proteção. Isso porque o direito de personalidade, sob a titularidade do ser humano complexo que tem, em torno de si, uma complexa gama de expressões de sua personalidade, desdobra-se da tutela geral do conceito de dignidade humana e, por isso, desdobra-se em direitos especiais destinados, justamente, à proteção destas emanções.

A tutela geral é, assim, direcionada à pessoa concreta, única, enquanto os vários bens que se inserem em sua personalidade suscitarão, cada qual com a proteção específica reclamada em sua particularidade, passível de autonomização, a proteção nos aspectos especiais da personalidade, como os direitos à vida, à honra, à intimidade, dentre outros. E porque geral a tutela, a proteção a qualquer aspecto da personalidade, enquanto necessário à preservação da dignidade humana, encontra-se autorizada pelo ordenamento jurídico independentemente da enunciação infraconstitucional específica.

A questão consiste, nesta linha, em conceber os direitos de personalidade atomisticamente, ou seja, como uma pluralidade taxativa de direitos, cada qual

da pessoa humana, vista em dualidade, ou seja, o aspecto material e imaterial, ou corpo e alma, de forma que constitui parte integrante do ser humano, a partir da qual emanam outros direitos da personalidade.” (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 35).

²⁶¹ GUNTHER, **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**, p. 175.

²⁶² No mesmo sentido Gunther destaca a tutela ampla dos direitos da personalidade, acompanhado por posicionamento de Estêvão Mallet, conforme se infere *in verbis*: “A tutela dos direitos da personalidade, que por sua abrangência, manifesta-se de modo amplo e em diferentes planos, como diz Estêvão Mallet: a) a início, a simples ameaça de ofensa a direito da personalidade já é bastante, para que se busque a devida proteção, sob forma cautelar; b) sobrevivendo violação a direito da personalidade, pode-se postular tanto que ela cesse como, ainda, repare-se o dano”. GUNTHER, op. cit., p. 171.

incidindo sobre um particular aspecto da personalidade, ou sob uma visão unitária, concebendo um “direito de personalidade complexo”, respeitante à personalidade como um todo. Direito este que, no que concerne a eventuais direitos especiais de personalidade²⁶³, é como um único direito, excludente de outros e específicos direitos de personalidade, ou como direito-matriz ou direito fundante, em que enraízam direitos singulares de personalidade relativamente autônomos, subsistindo ao seu lado como desenvolvimentos e concretizações particulares da tutela geral da personalidade.²⁶⁴

Nestes últimos termos desenvolveu-se o direito geral de personalidade na Alemanha, incentivado pela verificada insuficiência do taxativo rol de direitos da personalidade previsto em sua lei civil, o que deixava ao desamparo bens não positivados. Neste contexto, a partir do preceito da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos nos §§ 1º e 2º de sua Constituição, uma cláusula geral, o Direito Geral de Personalidade, do qual seria possível extrair novos direitos sempre que necessário.²⁶⁵

²⁶³ Sobre as relações entre o direito geral de personalidade e os direitos *especiais*, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral...*, cit., pp. 184 e s., H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, cit., § 20, pp. 172 e ss. e K. LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., pp. 130 e s. e 215 (os direitos especiais de personalidade são determinações ou concretizações do direito geral). É também esta visão dos direitos especiais como “formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade” que explica a relativa fungibilidade das suas classificações e repartições. Na prática, porém, quando for lesado um direito especial de personalidade reconhecido e delimitado pela ordem jurídica (v. *gr.* o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) não é necessário o recurso ao direito geral, que funciona, portanto, como *ultima ratio*, para o caso de insuficiência da tutela dispensada pelos direitos especiais (v. Aut. e *op. cit.*, pp. 130 e s.). Os direitos especiais de personalidade podem estar tipificados legalmente ou não (assim, em Portugal, por exemplo o direito à vida e à integridade física). Na Alemanha, contudo, há quem considere direitos especiais de personalidade aqueles que estão previstos no § 823, I do BGB (assim, WOLFGANG FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 7ª ed., Berlin/New York, 1985, p. 736: “[os] direitos *especiais* de personalidade estão de todo o modo protegidos no § 823 I...”; Fikentscher acentua também a diferença de natureza entre o direito geral, como “direito-quadro”, e os direitos especiais).

²⁶⁴ Podemos afirmar que Caio Mário da Silva Pereira adota a teoria pluralista, na medida em que ao tratar dos direitos de personalidade esclarece que este não constitui “um direito”, considerando equivocado afirmar que o homem tem “direito à personalidade”. Aproxima-se da concepção que reputamos mais apropriada, entendendo que da personalidade “irradiam-se direitos” e considerando correta a afirmação de que “a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 22ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 241.

²⁶⁵ São diversos os julgados sobre o tema no Tribunal Constitucional Federal alemão. Dentre eles destaca-se o caso *Scientology* (julgado em 10.11.1998), em que o reclamante alegava ofensa ao seu direito geral de personalidade em razão de artigo publicado pela revista “Celebrity”. Segundo o referido artigo, o reclamante seria líder e sacerdote de determinada seita acusada de ter pretensões políticas totalitárias, e da qual, na realidade, não era mais filiado. A afirmação jornalística gerou muita polêmica na Alemanha e, segundo o autor da reclamação, diversos prejuízos a sua pessoa. O Tribunal,

A intimidade e a vida privada do indivíduo, espaços restritos que compreendem fatos e informações infensos à ingerência desautorizada de outrem, são emanações do direito de personalidade, e a importância da proteção jurídica que lhes é dispensada avulta na mesma proporção das crescentes possibilidades de afronta ligadas aos atuais e sofisticados mecanismos tecnológicos de monitoramento da atividade alheia.

Feitas tais considerações, passa-se à análise do direito especial da personalidade relacionado com a intimidade e a vida privada do indivíduo, estabelecendo os contornos desse direito em sua ótica positiva para, adiante, tratar de suas restrições sob a influência do acentuado decréscimo que sofre o trabalhador já no momento de sua inserção na relação jurídica de trabalho.

2.2.1 Direito à intimidade e à vida privada – Fundamentos protetivos

O direito à intimidade tem uma complexa conformação e comporta inúmeras variáveis a serem analisadas em um exame concreto, o que estende dificuldades a uma planificação teórica, a começar pela expressão de conflito que vem particularizada com o entendimento pessoal de quem reivindica reparo às repercussões negativas, ante o conceito de si mesmo para os outros e dos outros para consigo mesmo, do desdobramento familiar, profissional, relacional. Afinal, o que é a intimidade senão um conflito teórico que o ofendido projeta para esses campos ou para além da seara de reserva.

A despeito de se fazer disjunções do feixe de direitos que compreendem a defesa integral da personalidade, compreendendo círculos e entrâncias de incursões ao subjetivismo, na verdade cada direito que possa ser destacado deste conjunto de atributos que compõe a personalidade é único, não se graduam em razão do grau

analisando a questão, reconheceu violado o direito geral de personalidade do reclamante quando a revista divulgou informação equivocada relativa a sua filiação à seita religiosa, já que essa atribuição produziu repercussões negativas para a personalidade e para a imagem pública do reclamante.

mais íntimo ou não, seja da vida privada ou de natureza mais puramente íntima, ou seja, ocorrendo o dano ao provimento não se dá parcial provisão (as repercussões, sim, servem para dosimetria do dano a ser avaliado).

Nestes temas (trabalho, capital, informação, direito, intimidade) uma teoria por mais objetiva e racionalizada por um ou mais métodos nunca será suficiente para anular o caráter subjetivo do sujeito, que resulta da experiência de um balanço de tantas variáveis sociais, como a cultura, o grau de educação, de fatores até mesmo geológicos, da biodiversidade, dos enlaces do passado, das coisas, fatos e atos do presente, das interligações de comunicação visual, escrita, falada ou mesmo a decorrente de signos, de fatores emocionais antigos, atuais e das transitórias ocupações, da movimentação tecnológica, das inventivas virtuais e do próprio armazenamento e reclusão de nossas próprias virtualidades, as transições de humor, da dor, das alegrias, das perdas, da imersão no contexto que não explica e nem mesmo tem que dar explicações sentenciais.

É dessa complexidade²⁶⁶ que não se pode dar conta, da parte da complexidade que compreende incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios que dizem com o acaso, porque a complexidade coincide com uma parte de incerteza, seja proveniente de nosso entendimento ou decorrente do próprio fenômeno ser vago, mas precisamente considerá-lo. Edgar Morin, com sua autoridade intelectual, diz que “uma das conquistas preliminares no estudo do cérebro humano é a compreensão de que uma de suas superioridades sobre o computador é a de poder trabalhar com o insuficiente e o vago”²⁶⁷.

A conclusão de Paulo José da Costa Júnior, lançada em sua obra “O direito de estar só”, permite, apesar da complexidade teórica e das controvérsias doutrinárias para a definição dos conceitos de intimidade e vida privada, uma clara noção a respeito dos seus contornos. Ao mesmo tempo, estimula a reflexão sobre o supremo valor deste direito de personalidade. Encerra, dedutivamente, que o âmbito da intimidade de qualquer indivíduo, compreendidas as informações que devem nele permanecer por opção vinculada à dignidade de seu titular, está absolutamente livre

²⁶⁶ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 35.

²⁶⁷ MORIN, **Introdução ao pensamento complexo**, p. 36.

de avaliações, de reprovações e de julgamentos próprios de uma conduta que a sociedade convencionou, a partir – e apesar – de suas justificáveis razões, ser a mais adequada. A estatura do direito opõe-se, superiormente, ao que se diz como parâmetro de retidão social, e também, evidenciando que a intimidade não tem preço, não está vinculada ao quanto, em termos de lucro, a informação pode render.²⁶⁸

Em sua concepção primitiva, o direito à privacidade comportava a feição individualista do direito a ser deixado só²⁶⁹, marcado pela ausência de comunicação entre um sujeito e os demais.²⁷⁰ Há consenso de que a acepção atual do termo teve origem doutrinária no famoso artigo intitulado *The right to privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*, dos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, este último que, depois, veio a ser um dos mais famosos Juízes da Suprema Corte americana.

Utilizam no texto também a locução “*right to be let alone*”, originariamente formulada pelo Juiz Thomas McIntyre Cooley em sua obra “*The elements of torts*”, de

²⁶⁸ Vale transcrevê-la: “Foi a França que deu o exemplo ao mundo, contemplando em lei, de maneira excelsa, o direito a amar e a morrer em paz. Em episódios relativos a idílios amorosos ou a moléstias, a imprensa não poderá interferir jamais. A menos que haja consentimento explícito do interessado. Graças a isso, François Mitterrand, o primeiro magistrado gaulês, morto em Paris no dia 8 de janeiro de 1996, permaneceu protegido e recôndito até a morte, em seu jardim secreto. Ninguém teve conhecimento do câncer que lhe consumiu a próstata, durante onze longos anos. Somente *post mortem* é que o público de todo o mundo veio a ter conhecimento da moléstia traiçoeira que o vitimou atrozmente, durante tanto tempo. O mesmo se diga de sua vida amorosa. Permaneceu ela secreta, o tempo todo em que viveu. A curiosidade popular não satisfaz o seu sadismo, desvendando sua vida amorosa paralela com Anne Pingeot, curadora do Museo D’Orsay, que durou vinte anos. Nem o seu amor secreto, nem a filha espúria Mazarine. Sua esposa Danielle, com a qual Mitterrand permaneceu casado cinquenta anos, aceitou a filha ilegítima, por ser fruto do amor do seu marido. Se um órgão da imprensa noticiasse os amores clandestinos do premier gaulês, daria o furo jornalístico mais sensacionalista da Europa e a tiragem decuplicada se esgotaria. O prestígio do jornal ultrapassaria as fronteiras. E o jornalista responsável tomaria assento no trono da fama. Nada disso sucedeu, entretanto. O direito de amar e de adoecer em paz acha-se assegurado em França. Que bom seria se esse sacrossanto direito se entendesse para todo o universo. O episódio reedita em parte aquilo que narrou Xenofonte, em sua *Ciropedia* (A educação de Ciro). Achava-se o famoso monarca persa moribundo, na Câmara real. Convocou então os familiares e os grandes da corte, para dar o derradeiro adeus. Após despedir-se de todos, solicitou: ‘Quando colocar ambas as mãos sobre o rosto, deixem todos a Câmara. Permitam apenas que um escravo penetre no recinto, para colocar um manto sobre o meu cadáver, cobrindo-o por inteiro’.” COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 117-118.

²⁶⁹ O “*right to be let alone*”, referido pelo magistrado Thomas McIntyre Cooley em 1888 no seu “*Treatise of the law of torts*”.

²⁷⁰ Ou seja, ao paradigma da privacidade como uma *zero-relationship*, noção esta encontrada no artigo de Edward Shils. *Privay. Its constitution and vicissitudes*. In: *Law and contemporary problems*. 2/1966, pp. 281/306. *Apud* Raffaele Tommasini. *Osservazioni in tema di diritto alla privacy*. *Diritto di Famiglia*, 1976, pp. 243/244.

1873, e assentam que a proteção concedida a pensamentos, sentimentos e emoções, expressos através da escrita ou das artes, até no que concerne ao impedimento da publicação, é meramente um exemplo de execução do direito mais geral do indivíduo a ser deixado em paz.²⁷¹

Partindo da premissa de que a completa proteção da pessoa e da propriedade é um princípio tão antigo quanto o *common law*, e de que, limitado como qualquer outro, o direito à intimidade não é óbice à publicação de matéria de interesse público ou geral, os autores consideram que o *common law* assegura a cada indivíduo o direito de determinar até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções deverão ser comunicados aos outros.²⁷²

Em 1928, após ter sido nomeado Juiz da Suprema Corte Americana, Louis Brandeis pronunciou um voto dissidente no caso *Olmstead v. U.S.* 277 U.S. 438, onde se questionou o direito de Elliot Ness de grampear linhas telefônicas. Em seu voto, acompanhado pelos Juízes Holmes e Stone, Brandeis afirmou o direito de ser deixado só como “o mais abrangente dos direitos e o mais valioso do cidadão”.²⁷³ A fundamentação dos julgados de Brandeis tinha respaldo nas Emendas 4 e 5 da Constituição Americana da proteção contra a invasão de seu lar e da vida privada, muito embora, acentuando as dificuldades da época, o direito à privacidade estivesse nela presente apenas de forma implícita.

Eduardo Didonet Teixeira e Martin Haeberlin apontam que apenas em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479, é que a privacidade foi efetivamente reconhecida como um direito constitucional.²⁷⁴ Neste caso, expressam, “a Corte sustentou que a leitura do direito à privacidade e ao repouso (*right to be alone*) adviria da interpretação sistemática das garantias constitucionais expostas nas diversas

²⁷¹ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995, *passim*.

²⁷² WARREN, et. al. **El derecho a la intimidad**.

²⁷³ “The most comprehensive of rights and the right most valued by citizen men”. Apud TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. **A proteção da privacidade. Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 39.

²⁷⁴ Neste caso, a Suprema Corte decidiu que a lei de controle de natalidade de Connecticut, ao prescrever como crime a divulgação de informações ou instruções no uso de mecanismos de controle, intrometia-se na noção de privacidade presente nos direitos matrimoniais e nos direitos de reprodução. Cf. TEIXEIRA, et. al., **A proteção da privacidade**, p. 40.

emendas, enquanto garantias pessoais dos cidadãos que dariam sentido ao texto constitucional.”²⁷⁵

Mas a ideia de Warren e Brandeis – privacidade como isolamento e reserva – não é mais comportada na sociedade da informação, na era de incessante e intenso fluxo de dados. O surgimento de novas tecnologias²⁷⁶, pela propícia facilitação de invasões, intensificou os debates doutrinários a respeito da ameaça à privacidade, e favoreceu a positivação do direito.

Antunes Varela, Ministro da Justiça de Portugal e um dos autores do Código Civil de 1966, já em 1980, ao prefaciар a obra de René Ariel Dotti voltada ao tema, anunciou o embate entre a necessidade de reserva da vida privada e o progresso tecnológico e a liberdade de informação:

A proteção da intimidade da vida do ser humano, especialmente dentro do reduto sagrado do domicílio familiar, é tema que há muitos séculos concita a atenção do legislador. A velha proibição, consagrada nos direitos europeus, de abrir nos edifícios qualquer porta, janela, terraço, eirado ou varanda, que deite sobre o prévio vizinho, sem guardar entre a obra e o prédio o intervalo mínimo de metro e meio, já tinha como finalidade essencial evitar o devassamento da vida privada de cada um, para que ela não fosse facilmente objeto da indiscrição de estranhos. À luz desse objetivo principal se justificam ainda hoje, quer a inaplicabilidade da proibição legal a determinados tipos de aberturas nos edifícios (frestas, seteiras, óculos para luz e ar), quer os pitorescos e as permitidas, a que conduzia o esforço dialético dos antigos tratadistas.

O problema assumiu, porém, novos aspectos e adquiriu especial acuidade nos tempos modernos, por virtude de dois perigos gravíssimos que ameaçam continuamente a *cidadela da riservatezza* da pessoa humana: por um lado, a intromissão crescente dos poderes públicos nas relações de direito privado, não só nos países socialistas, como nas nações livres do Antigo e do Novo Mundo; por outro, os avanços prodigiosos da revolução tecnológica, especialmente nos setores da ótica, da acústica e da cibernética, com a captação e a transmissão de imagens, com a recolha, a gravação e a reprodução do som e com a manipulação estatística dos dados informativos sobre a vida dos cidadãos.²⁷⁷

²⁷⁵ TEIXEIRA, et. al., **A proteção da privacidade**, p. 40.

²⁷⁶ Uma série de inventos influenciaria, de forma determinante, as discussões a respeito do conteúdo do direito à privacidade, dentre os quais: o telégrafo, inventado em 1837 por C. Wheatstone e W. Cooke, aprimorado por Samuel Morse com seu código mais famoso; o telefone, em 1876, por Alexander Graham Bell; o telégrafo sem fio, em 1895, pelo engenheiro italiano Guglielmo Marconi; uma máquina com capacidade de registrar sons (cinetoscópio), em 1876, por Thomas Edison; o filme fotográfico, patenteado em 1894 por George Eastman; o cartão perfurado como meio de armazenamento de dados para o censo norte-americano, em 1887, por Herman Hollerith, fundador da atual IBM. (Disponível em: <http://pt.wikibooks.org/wiki/>acesso> em 17.04.2012)

²⁷⁷ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

O primeiro texto internacional a mencionar a intimidade²⁷⁸ foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá no dia 02.05.1948, dispondo, em seu art. 5º, que “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”. Logo em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Nova York em 10.12.1948 pela ONU reconheceu, em seu artigo 12, o direito à intimidade: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.”

Eduardo Didonet Teixeira e Martin Haeberlin observam que as primeiras Declarações estabeleceram o respeito à vida privada com um teor de universalidade ou, ao menos, como um paradigma às ordens internas, já que o direito internacional da época não determinava a obrigação dos Estados em ratificar as Declarações e Convenções assinadas. A Declaração Universal, a despeito de sua importância histórica, “enquanto condutora desta internacionalização dos direitos individuais, dando-lhes estatuto de ‘direitos humanos’ e acentuando a necessidade de constitucionalização desses direitos a fim de valerem como ‘fundamentais’, era antes principiológica – em duplo-sentido, tanto de início como de norma abstrata (...) – do que cogente, antes um patrimônio universal ético do que jurídico.”²⁷⁹

Em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispôs sobre o respeito à vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência da pessoa.²⁸⁰ Na mesma linha, a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969²⁸¹, e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos da ONU de 1976²⁸².

²⁷⁸ Antes, sequer as primeiras declarações de direitos a ela tinham feito referência.

²⁷⁹ TEIXEIRA, et. al., **A proteção da privacidade**, p. 37/38.

²⁸⁰ Art. 8º, § 1º. Qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

²⁸¹ Art. 11. Toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida. Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

²⁸² Art. 17. 1. Ninguém será objeto de invasões arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio e sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação. 2. Toda

No Brasil, as Constituições anteriores à de 1988 tratavam, restritamente, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência.²⁸³ Neste contexto, os direitos da personalidade contavam com a proteção – ao menos explícita – do Direito Civil, salvo a tutela da honra, que já tinha previsão no Direito Penal²⁸⁴ e na Lei de Imprensa²⁸⁵.

A Constituição Federal de 1988 disciplina a matéria sem distinção entre intimidade e vida privada, empregados no mesmo dispositivo²⁸⁶. Os conceitos não se confundem, todavia, nem há pleno consenso doutrinário quanto à extensão de cada um. No Brasil, há vários termos representativos, propriamente ou não, destes direitos, certamente sob a influência da profusão existente na doutrina estrangeira²⁸⁷: além de intimidade e vida privada, menciona-se segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e, menos utilizados, privatividade e privacidade.

peessoa tem direito à proteção da lei contra tais perturbações ou tais atentados.

²⁸³ A Constituição do Império de 1824 tratava da inviolabilidade do domicílio em seu art. 179, VII, bem como da inviolabilidade do “segredo das cartas” no inciso XXVII do mesmo artigo. A Carta Constitucional Republicana de 1891 referiu-se, no art. 72, § 11º, à inviolabilidade do domicílio e no § 18º ao sigilo de correspondência, mesma proteção dispensada pela Constituição de 1934, no art. 113. Nesta, todavia, outros direitos e garantias não expressos no texto, mas decorrentes do regime e princípios que adota, passaram a ser assegurados (art. 114), do mesmo modo como preceitua o art. 5º, § 2º, da atual Constituição. A Constituição de 1937 previu, em seu art. 122, inciso VI, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, ressalvadas exceções previstas em lei. A Carta de 1946 referiu-se ao sigilo de correspondência em seu art. 141, § 6º, e à inviolabilidade do domicílio no § 15 do mesmo artigo. Por fim, a Constituição de 1967/69 referiu-se à inviolabilidade do domicílio no art. 153, § 10, e assegurou o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas no § 9º do mesmo dispositivo.

²⁸⁴ BRASIL. **Código Penal** (Decreto-Lei nº 2.848/40). Calúnia: Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: (...). Difamação: Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: (...). Injúria: Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...).

²⁸⁵ Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), cujo art. 87 assim dispunha antes da revogação pelo Decreto-Lei nº 236, de 28.02.1967: Os dispositivos, relativos à reparação dos danos morais, são aplicáveis, no que couber, ao caso ilícito contra a honra por meio da imprensa, devendo a petição inicial ser instruída, desde logo com o exemplar do jornal ou revista contendo a calúnia, difamação ou injúria.

²⁸⁶ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Art. 5º, inciso 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.

²⁸⁷ A *privacy* norte-americana, o *droit au secret de l'avie privée* ou *la protection de l'avie privée* na França; o *diritto alla riservatezza* (ou a *segretezza*) na Itália; a *reserva da intimidade da vida privada* em Portugal; o *Derecho a la intimidad* na Espanha; a noção da *Die Privatsphäre*, que divide a autonomia individual e a vida social, presente na doutrina a Alemanha; a *integritet* da Suécia, que compreende a noção pela qual as pessoas têm direito de serem julgadas de acordo com um perfil completo e fiel de suas personalidades.

Íntimo é proveniente do latim *intimus*, que é superlativo de interior. O direito à intimidade, assim, corresponde à esfera da personalidade que se pretende excluir do conhecimento da sociedade, circunscrita ao foro interno do indivíduo - constitui o que há de mais singular e incomunicável. A intimidade pode ser definida como o “modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só.”²⁸⁸ Uadi Bulos²⁸⁹, com apoio em Adriano de Cupis, afirma que a intimidade “revela a esfera secreta da pessoa física, sua reserva de vida, mantendo forte ligação com a inviolabilidade de domicílio, com o sigilo de correspondência e com o segredo profissional.”

Para Paulo Luiz Netto Lôbo o direito à vida privada “diz respeito ao ambiente familiar e cuja lesão resvala nos outros membros do grupo”²⁹⁰, ao passo que o direito à intimidade:

(...) diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, que o singulariza. Estão cobertos pelo manto tutelar da intimidade os dados e documentos cuja revelação possa trazer constrangimento e prejuízos à reputação da pessoa, quer estejam na moradia, no automóvel, no clube, nos arquivos pessoais, na bagagem, no computador, no ambiente de trabalho.²⁹¹

Na Espanha, Luis Sanchez Agesta, lembrado por Alice Monteiro de Barros²⁹², distingue entre conceito subjetivo e conceito objetivo da intimidade, tendo o primeiro como “a pretensão de um indivíduo, grupo ou instituição de determinar por si mesmo quando, como e em que grau pode comunicar-se a outros, informação sobre ele”, enquanto o segundo destaca a intimidade como uma “esfera inderrogável de liberdade pessoal em que se desenvolvem a racionalidade e a vida privada dos indivíduos.”

²⁸⁸ DE CUPIS, Adriano. **Teoria e pratica del diritto civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 129.

²⁸⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104.

²⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade> Acesso em 28 maio 2012.

²⁹¹ LÔBO, **Danos morais e direitos da personalidade**.

²⁹² In BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 36.

O direito à intimidade é, portanto, “o direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos.”²⁹³

Alguns autores sustentam que o direito à intimidade visa a proteger a vida privada as pessoas da ingerência alheia, sendo o direito à privacidade uma de suas expressões.²⁹⁴ Outros defendem que o direito ao respeito à vida privada tem conteúdo mais amplo, e “sua natureza não é tão espiritual como ocorre com o direito à intimidade, compreendendo outras manifestações.”²⁹⁵

Para Júlio César Bebber “enquanto a intimidade diz respeito a um círculo restrito, a vida privada diz respeito a situações de opção pessoal e que, por qualquer razão, não gostaríamos de divulgar.”²⁹⁶

Conforme lição de Tércio Sampaio Ferraz:

A intimidade é o âmbito do uso exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo mais íntimo cuja mínima publicidade constrange.²⁹⁷

José Afonso da Silva²⁹⁸, com apoio nas lições de Pierre Kayser, aborda o tema a partir do conceito de vida interior, de um lado, relacionada ao universo da vida privada, e vida exterior de outro, onde estaria situado o envolvimento da pessoa em

²⁹³ GARCÍA, San Miguel Rodrigues; ARANGO, Luis. Reflexiones sobre la intimidad como limite a la libertad de expresión. **Estudios sobre el Derecho a la intimidad**, p. 18. Apud BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 35.

²⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 632.

²⁹⁵ DOTTI, **Proteção da vida privada e liberdade de informação**, p. 69.

²⁹⁶ BEBBER, Júlio César. Direito de informação do empregador ao contratar e direito de intimidade do empregado. **Ideias Legais**. Escola Superior da Magistratura. Campo Grande, v. 6, Ed. Especial, p. 101/105, dez/2010.

²⁹⁷ FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade e Direito de São Paulo**, 1993. Como exemplo de informação mantida no círculo da vida privada, o autor menciona a escolha do regime de bens no casamento, cuja informação pode ser solicitada por um terceiro na aquisição de um imóvel.

²⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 204.

relações sociais e atividades públicas, suscetíveis, portanto, ante a conotação pública, de divulgação a terceiros. A dificuldade desta acepção estaria em aferir exatamente onde estariam os limites do interesse social e da esfera privada do indivíduo.

Há vozes que incluem na privacidade o universo dos sentimentos, emoções, pensamentos, orientação sexual e valores espirituais próprios, que denotem a personalidade do indivíduo, informações apenas compartilhadas por familiares e amigos mais íntimos, situados no âmbito de convivência da pessoa. Em comum nestas relações, como decorrência da própria proximidade entre os conviventes, estaria o consentimento tácito em revelar tais sentimentos, orientações ou preferências.²⁹⁹ O direito à intimidade, por seu turno, compreende a esfera de informações restrita à própria pessoa e aos poucos com quem o titular consente partilhar.³⁰⁰

Assim, a intimidade estaria situada numa dimensão mais restrita, enquanto a privacidade (ou vida privada) compreende um conceito mais amplo, inclusivo do primeiro.³⁰¹

Há, ainda, os que identificam no âmbito da intimidade o direito ao segredo, relativo a um círculo mais restrito de informações, cuja divulgação imprescinde, da mesma forma, do assentimento do titular.³⁰² Neste nível situam-se diferentes formas de violação ao mesmo direito, a primeira consistente no acesso indevido aos dados

²⁹⁹ Cf. CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, Biblioteca de Teses, 2002, p. 36/37.

³⁰⁰ Idem, ibidem, p. 44.

³⁰¹ Nesse sentido, Alexandre de Moraes (*in* Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53), José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 206). Contra, Edilson Pereira de Farias (*in* Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. 3. Ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 131), para quem a acepção de intimidade teria sentido mais amplo: "(...) a expressão vida privada é empregada às vezes em sentido amplo e noutras ocasiões em sentido restrito. Na primeira acepção, equivale ao termo intimidade (...). Isto é, no sentido amplo de realizar a proteção daquela parte da personalidade que se deseja ver preservada do conhecimento do público. Na segunda acepção a locução vida privada *strictu sensu* significa apenas uma das esferas da intimidade."

³⁰² Cf., nesse sentido, BERLOQUE, Juliana. **Sigilo bancário. Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

propriamente dito, e a segunda relativa à divulgação, igualmente não autorizada, destes dados.³⁰³

A doutrina alemã, capitaneada por Henkel, desenvolveu, a respeito da intimidade e com o intuito de identificar o seu núcleo essencial insuscetível de limitação e, de outro lado, o que poderia ser objeto de autolimitação, a teoria das três esferas ou teoria dos círculos concêntricos³⁰⁴: (a) esfera privada (*privatsphäre*): nela estariam compreendidos todos os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo quer excluir do domínio público (exemplos: imagem física, comportamentos que, mesmo situados fora do domicílio, só devem ser conhecidos pelas pessoas mais próximas); (b) esfera confidencial (*vertrauenssphäre*): compreenderia o que a pessoa leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo de sua vida privada e familiar (exemplos: correspondências, memoriais); (c) esfera do segredo (*geheimisphäre*): incluiria assuntos excluídos do conhecimento dos outros por sua natureza extremamente reservada.

Paulo José da Costa Jr. anota que, em um âmbito mais amplo do que esfera privada, encontram-se “os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição.”³⁰⁵

Santos Cifuentes critica esta diferenciação, afirmando que as expressões vida privada e intimidade são sinônimas. Para ele, o direito à intimidade é o direito personalíssimo que permite subtrair a pessoa da publicidade ou de outras turbações à vida privada, com as limitações, todavia, impostas pelas necessidades sociais e pelo interesse público. Prefere não utilizar no conceito a expressão “conhecimento dos demais”, pois, para ele, não seria este, mas a publicidade, o cerne da questão.

³⁰³ Nesta esfera estaria o dever de segredo decorrente do exercício profissional. Como medida de proteção à informação confiada ao profissional, este pode eximir-se de revelá-la, mesmo em depoimento judicial, conforme se depreende dos arts. 406, II, do CPC, e 207 do CPP. Nesta esteira, o art. 154 do Código Penal criminaliza a quebra do dever de reserva profissional.

³⁰⁴ COSTA JR, Paulo José. **O direito de estar só**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 29/31.

³⁰⁵ COSTA JR, **O direito de estar só**, p. 29.

Pondera que qualquer pessoa poderia, casualmente, tomar conhecimento de algum fato ligado à intimidade do indivíduo sem violação de sua intimidade, o que ocorreria apenas se houvesse divulgação. Quanto menciona “outras turbações” refere-se a intromissões desautorizadas que, mesmo sem publicidade, podem ofender a vida íntima da pessoa.³⁰⁶

Apesar de não aceitar a distinção, Santos Cifuentes reconhece a importância didático-teórica da teoria alemã que identifica uma esfera íntima (reserva individual interior, alheia ao conhecimento dos demais, segredo) e uma esfera privada (círculo ou proximidade pessoal, com informações restritas ao ambiente familiar, aos amigos, aos vizinhos, aos colegas de trabalho). Todavia, na ausência desta diferenciação no ordenamento jurídico argentino, Santos Cifuentes identifica as seguintes esferas dentro do âmbito da intimidade³⁰⁷:

a) as condutas, situações, circunstâncias estritamente pessoais, alheias à publicidade não desejada, que abrange as declarações falsas ou despropositadas sobre o indivíduo; a revelação pública de assuntos privados, dentre os quais paixões, desgraças, acidentes, defeitos físicos; o aborrecimento do indivíduo, provocado por observações indiscretas, perguntas impertinentes, telefonemas insistentes;

b) o segredo, que abrange as violações de correspondência, os abusos dos meios de comunicações, as interceptações telefônicas, a revelação de informações dadas ou recebidas em virtude do segredo profissional, o emprego de métodos que desvendam o inconsciente;

c) a violação do domicílio e de recintos privados; d) a violação da imagem, estritamente relacionada com a vida privada.

A presente pesquisa é alinhada à lição de René Ariel Dotti, para quem a intimidade “é um sentimento que brota do mais profundo do ser humano, um sentimento essencialmente espiritual que Urabayan designou como ‘o coração do coração de cada pessoa’; aquilo a que, sem dúvida, se referia Marco Aurélio quando afirmava: ‘não existe retiro mais tranquilo nem menos turbado que aquele onde o

³⁰⁶ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2ª ed. Buenos Aires: Austrea, 1995, p. 544/545.

³⁰⁷ CIFUENTES, **Derechos personalísimos**, p. 547-587.

homem encontra sua própria alma.”³⁰⁸. O conceito de vida privada, por sua vez, pertence a dados de valoração pessoal, compreendendo em um círculo mais amplo de convivência, informações que o titular opta por não divulgar.

Releva considerar, todavia, a difícil delimitação do âmbito do direito à intimidade, em face das variações impostas pelos costumes de cada sociedade e até mesmo pelo comportamento da pessoa protegida pela tutela jurídica. Aquilo que pode ser objeto de divulgação e exposição para uma pessoa pode constituir informação privada, sigilosa, particular, para outra. O exemplo das pessoas públicas, em especial, bem demonstra ser relativa a esfera de privacidade de cada indivíduo.³⁰⁹ Mesmo elas, todavia, sejam artistas, políticos, cantores, possuem um âmbito indevassável de sua vida privada, infenso a qualquer ingerência desautorizada; há, em todos, um núcleo protegido contra a exposição.

No que concerne à proteção de um núcleo indivisível no direito à intimidade, que encerra um conteúdo mínimo prevalecente, necessário identificar um outro aspecto disjuntivo na categorização da intimidade, desvelando um valor *subjetivo* interno de um valor mais permissivo *inter-relacional*, expressando Agostini “que a intimidade subjetiva representa o núcleo essencial, ou o mínimo existencial, relacionado ao direito fundamental à intimidade, o que, por consequência, autorizaria a afirmação de que mesmo o conflito com outros direitos, ele deve prevalecer. Já na intimidade inter-relacional, por se comunicar externamente, pode ceder ante a outros direitos fundamentais”.³¹⁰

A intimidade *subjetiva* em Agostini “é aquela que garante ao indivíduo a faculdade de dialogar consigo mesmo. É o verdadeiro “pensar com os meus botões”. É aquela intimidade que o homem desfruta sozinho sem que, necessariamente, esteja

³⁰⁸ DOTTI, **Proteção da vida privada e liberdade de informação**, p. 68/69.

³⁰⁹ Referindo-se à imagem, mas com possível relação com o direito de intimidade, a IV Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado nº 279 do CJF/STJ, nestes termos: “A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.”

³¹⁰ AGOSTINI, **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**, p. 213 e p. 247.

na companhia de alguém”³¹¹, enquanto a intimidade *inter-relacional* transpõe o ensimesmamento a pura reflexão passando para um estágio de comunicação a um grupo restrito dotado de qualidades especiais, de afetividade ou de confiança, em relação ao indivíduo comunicante, como necessário para a convivência, abrindo-se para o mundo exterior, podendo-se situar-se a família como o mais próximo grupo relacional, contudo, não perde a sua intimidade subjetiva, mas a esta agrega outro espaço, o relacional.

Gustavo Tepedino, a respeito do tema, pondera que as circunstâncias são determinantes dos limites da informação autorizada, afirmando: “Mesmo o homem público tem o sagrado direito de ver resguardada sua vida sentimental ou sexual; a manter sigilo em relação a quem recebe ou frequenta. O mesmo não mais se pode dizer, contudo, se ele professa um moralismo exasperado e é visto, pela imprensa, em situação que contradiga sua pregação e a de seu partido. É, aí, interesse do público e do eleitor ser bem-informado.”³¹² Traz, como exemplo:

Um candidato à Prefeitura deve ser respeitado em suas convicções religiosas e em sua vida afetiva. Mas é direito de crônica a divulgação de um casamento feito às escondidas, em plena campanha eleitoral, para encobrir comportamento sexual ambíguo, taxado, pelo próprio candidato, com imoral e doentio. Se o candidato não fosse um cristão fervoroso e moralista convicto, não tivesse ele patrocinado o estranho enlace, sua vida sexual não poderia, jamais, ser devassada pela imprensa.³¹³

Um fato paradigmático bem expressa a dificuldade de situar os limites do direito à privacidade e, mais do que isso, assegurar que eles sejam efetivamente respeitados: em maio de 2001 o jornal “*The Boston Globe*” veiculou uma notícia dando conta de que mesmo aquele que, na ocasião, era considerado o homem mais poderoso do planeta rendeu-se ao determinismo tecnológico e ao “gosto pela transparência” da nossa sociedade.³¹⁴ George W. Bush considerava-se, antes de chegar à Casa Branca, um “ávido escritor de e-mails” e usava este instrumento, principalmente, para comunicar-se com suas filhas e com seu pai, o ex-presidente

³¹¹ AGOSTINI, **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**, p. 210.

³¹² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 559.

³¹³ TEPEDINO, **Temas de direito civil**, p. 560.

³¹⁴ A lembrança é de Bruno Lewicki. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 220-221.

Bush. Já na Casa Branca disse: “existe algo que eu não quero que ninguém jamais conheça: o conteúdo dos meus e-mails”. E decidiu: “não quero que estas mensagens cheguem ao público; portanto, não uso mais o correio eletrônico.” Questionado sobre um possível caráter público deste tipo de comunicação, que poderia estar incluído no direito de os americanos conhecerem o conteúdo dos arquivos oficiais, Bush foi categórico: “esses e-mails dizem respeito à minha privacidade.”

Na precisa avaliação de Bruno Lewicki,

Quando até o presidente norte-americano atesta sua impotência para a defesa da própria privacidade, é de se imaginar quão injusto seria exigir que uma pessoa, já naturalmente vulnerável, e ainda mais por se encontrar no polo fraco de uma relação de trabalho subordinado, pudesse repelir a desconsideração que a outra parte nutre pela sua privacidade. Quando muito, é louvável o esforço daquele que, vilipendiado e desempregado, busca alguma compensação pelo dano sofrido.³¹⁵

Da convivência particularmente colidente dos dois interesses examinados neste capítulo tratará, especificamente, o próximo.

Em suma, a vida privada da pessoa humana, inclusive a das pessoas públicas nos limites de seus interesses estritamente pessoais, está norteadas por fatos que somente a ele, restritamente, à sua família ou a quem ele decidir, dizem respeito, proteção esta que se estende a eventuais falhas ou desvios do comportamento padrão aceito pela sociedade³¹⁶, também infensos à devassa de olhares, observações ou críticas. Trazer tais fatos, desautorizadamente, ao conhecimento das pessoas seria tripudiar sobre a honra alheia, como observou Darcy Arruda Miranda: “(...) romper os muramentos da vida privada para dali remover certas verdades sem nenhum interesse social, a intranquilidade pública seria permanente, a *honra um boneco de engonço*, a reputação uma folha ao vento. E sem os homens honrados as sociedades não sobrevivem. A honra é o oxigênio da sociedade bem formada. Nem a imprensa pode dela prescindir.”³¹⁷

³¹⁵ LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 221.

³¹⁶ Salvo, à evidência, desvios comportamentais que caracterizem conduta ilícita.

³¹⁷ ARRUDA MIRANDA, Darcy. **Comentários à Lei de Imprensa**. Vol. 1, São Paulo: RT, 1969, p. 318.

3 DIREITO À INTIMIDADE NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. PRECARIZAÇÃO DA PROTEÇÃO LEGAL E (IM)POSSIBILIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO EMPREGADO. SOLUÇÕES POSSÍVEIS

O progresso tecnológico, social e econômico da sociedade moderna debilitou consideravelmente a barreira de proteção da intimidade e da vida privada do indivíduo. Avulta, na mesma proporção, a necessidade de tutela, pois cada um “tem o direito de manter-se na reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhe devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública.”³¹⁸

Na prática, há grande dificuldade em estabelecer os limites entre o direito à intimidade do trabalhador e o direito conferido ao empregador, como emanção do direito de propriedade que lhe é constitucionalmente assegurado, de dirigir a atividade empresarial. A complexidade, segundo Alice Monteiro de Barros³¹⁹, está em “definir até onde esse poder de direção é exercido legitimamente, como boa administração de pessoal, e a partir de quando ele se torna intolerável, por implicar invasão da intimidade dos empregados.” Desta tarefa cuidará este último capítulo.

Como precedente necessário, o primeiro tópico tratará do princípio da dignidade humana, porque é nela, como se verá no processo de resolução do conflito, que está o núcleo imponderável do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador. Em seguida, algumas considerações sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais serão feitas, para justificar a intensidade e a abrangência da proteção conferida ao direito ora examinado, direito este, contudo, passível de relativização, como qualquer outro.

³¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 125. Em 1765, Lord Camden, ao negar uma autorização para a busca de manuscritos dentro de uma casa, justificou: “Podemos dizer com certeza que não há lei neste país que justifique o que se pede; se houvesse, todos os confortos da sociedade seriam destruídos, pois os manuscritos são sempre a mais cara e nobre propriedade que um homem pode ter”. Também na época, o parlamentar britânico William Pitt escreve que “o mais pobre dos homens pode em seu casebre desafiar toda a força da coroa. Sua casa pode ser frágil, seu telhado pode mover-se, o vento pode soprar em seu interior, mesmo a tempestade e as chuvas podem entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar; todas suas forças não ousarão cruzar o limite da morada em ruínas”. Privacy and human rights. <http://www.gilc.org/privacy/survey/intro.html#right>. Acesso em 18.06.2012. (tradução do autor)

³¹⁹ BARROS, **Proteção à intimidade**, p. 73.

A possibilidade de relativização induz ao conflito do direito à intimidade com os fundamentos do poder diretivo do empregador, do que tratará, especificamente, o item seguinte, passando pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em todas as suas dimensões, e pela consideração de alguns “*standards*” orientadores de uma decisão mais justa, equilibrada e abonadora da segurança jurídica.

Por fim, considerando a assimetria presente na relação de trabalho, cabe ponderar até que ponto o consentimento do empregado pode ser tomado como um critério de ponderação válido, máxime quando está em jogo a própria autodeterminação do trabalhador como pessoa.

3.1 A proteção da intimidade como dimensão do princípio da dignidade humana

O direito à intimidade desenvolve-se na mesma linha de evolução do princípio da dignidade humana, como uma dimensão que recebe os influxos de desenvolvimento do corpo social e na mesma esteira das aplicações constitucionais delineadas por sua evolução conceitual e de aplicação dogmática.

Nesse sentido, como já tratado anteriormente, o positivismo jurídico clássico, em sua essência, traduzido pela compreensão do direito como norma estabelecida pelo ordenamento jurídico-positivo de cada Estado, caracterizado pela aplicação da teoria da subsunção dos fatos à norma, afastou do direito outras espécies de conhecimento como a moral, a ética e a sociologia, atualmente necessariamente consideradas.

As leis decorrentes de tal modelo mostraram-se demasiadamente neutras e formais³²⁰, incapazes de acompanhar as necessidades postas com os diversos

³²⁰ “Essa mutação operada pela ‘crise’ dessas visões da lei e do Poder Legislativo terminará por questionar sua capacidade para ordenar adequadamente a vida social e política e suporá a definitiva superação do Estado legislativo de direito como modelo de ordenação social e a necessidade de reformular e restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. Isso denota que o **Estado legislativo de direito, em face de sua conjunção a uma concepção positivista de direito, não era capaz de formular a realização aproximativa de um ideal moral que pudesse romper com a noção do**

valores apresentados pela sociedade e por seus processos sociais. Conforme abordado no primeiro capítulo, o princípio desta desconectividade entre a norma e a realidade social transpareceu com as grandes Guerras Mundiais³²¹, nas quais ocorreram gritantes violações dos direitos fundamentais, pautadas na legalidade do sistema. Como resposta a este desafio o direito passou então a se aproximar de valores morais e éticos, buscando proteger a pessoa humana das terríveis ações desenvolvidas durante a guerra³²².

O Estado Democrático de Direito, na busca pela superação deste panorama e calcado na afirmação do caráter normativo da Constituição, vem estabelecer limites materiais ao Estado com o objetivo de promover primordialmente o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, através da normatização de princípios que traduzem valores morais, políticos e sociais.

Os direitos humanos e fundamentais passaram a ser afirmados como categoria autônoma, centralizada na valorização da pessoa e no enaltecimento do princípio da dignidade, cuja previsão expressa nos textos constitucionais dos Estados e nas normativas internacionais restou efetivada através do processo do constitucionalismo³²³, inaugurando uma nova era na tutela dos direitos humanos e fundamentais, como já se referiu linhas atrás, na demonstração da afirmação de direitos fundamentais no mesmo processo transformador.

direito como positivado e seguir à esteira do direito dimensionado, não mais numa filosofia da consciência, mas inserido numa filosofia da linguagem intersubjetiva construtiva da normatividade. E isso se justificava até por uma questão de sobrevivência daquele modelo de Estado. Em suma: o positivismo jurídico do Estado legalista estava prisioneiro de uma ontologia substancial, já que, para o mesmo, o direito era identificado com a lei positiva dada, sendo constituído, portanto, como algo inteiramente objetivo (ontologizado)". DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, pág. 19. (grifos acrescentados).

³²¹ "[...] o Estado de Direito até então existente era meramente formal, o que permitiu o desrespeito aos direitos humanos perpetrados durante a Segunda Grande Guerra, o que foi fundamentado na lei. Ou seja, o que se tinha era uma concepção meramente positivista de um ordenamento jurídico 'indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal' como aconteceu com o regime nazista e fascista que ganharam força e apoio na legalidade, tendo sido promovida a barbárie e a violação aos direitos em nome da lei". BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**, p. 63.

³²² Entendimento já referenciado anteriormente, conforme nota nº 152. BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**, p. 64.

³²³ Estefânia Barboza cita o termo Revolução Constitucional apresentado por Cappelletti "para caracterizar essa mudança ocorrida na Europa do pós Segunda Guerra Mundial, que estabelece uma Constituição com catálogo de direitos fundamentais dotada de força normativa e com a previsão de uma máquina judicial que possa dar efetividade a este novo instrumento". Idem, *Ibidem*, p. 67.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana compreendido como fonte matriz geradora dos demais direitos fundamentais, vem atuar na valorização e proteção da pessoa, vinculando o Poder Público e outros particulares à sua observância³²⁴.

Nesta transição do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, antes visto apenas como limitação do poder estatal, passou também a carregar em seu conteúdo a necessidade de implementação e concretização dos direitos estabelecidos pelo Estado³²⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana, neste contexto, é apresentado como princípio fundamental, o qual compreende em sua abrangência os demais direitos fundamentais inerentes ao homem, assim compreendidos, por parte da doutrina, como direitos inerentes à condição de pessoa humana. E neste sentido, sua observância é vital para conformação do ordenamento jurídico segundo os ditames de uma sociedade livre, justa e solidária, como asseverado pela Carta Constitucional brasileira.

A força conferida pela Constituição ao princípio da dignidade humana como princípio jurídico-fundamental³²⁶, ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, significam muito mais do que cláusulas que não podem ser modificadas por quórum qualificado ou por origem de qualquer Poder, significam o fundamento e fim da sociedade e do Estado³²⁷ – signo do respeito ao ser humano como centro de toda ordem jurídica com base democrática de direitos e liberdades.

³²⁴ Desta irradiação horizontal cuidará, mais especificamente, o tópico seguinte.

³²⁵ Neste sentido, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, em sua obra “O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade”, apresenta a utilização da premissa da integridade proposta por Dworkin na percepção do princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo a autora, “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. PEDUZZI, **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**, p. 18.

³²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

³²⁷ SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**, p. 91.

A dignidade, enquanto qualidade intrínseca do homem, não existe somente em face do reconhecimento expresso pelo texto constitucional, mas está “latente e pressuposta em tudo que diz com a essência do ser humano”³²⁸, conquanto sua proteção e concretização bem melhor ficaram asseguradas na previsão constitucional e por ela as ações reais que devem ser empreendidas para que não passem de letra morta na efetiva e aplicativa realidade da vida.

A materialização do princípio, de igual forma, não admite restrições vinculadas à qualidade da pessoa sob proteção (sua raça, sexo, condição social, profissão, trabalho como exemplos). Não será, assim, a condição de empregado, em qualquer modelo produtivo que se possa vislumbrar e mesmo sob a estrutura da relação de emprego, que legitimará desvio do conteúdo essencial do direito e permitir que se tornem banais e consentidas as transgressões ao direito à privacidade ou à integridade da intimidade, tratando a mercadoria resultante da produção com mais apreço pelo valor real que representa do que o homem que a produziu.

Segundo a perspectiva de Kant, a autonomia da vontade, enquanto atributo dos seres racionais constitui o fundamento da dignidade da natureza humana³²⁹, presente na capacidade de se definir a si mesmo, de modo que “o sujeito de todos os fins, é todo ser racional, enquanto fim em si mesmo”³³⁰, expressando como razão justificadora e antecedente ao próprio conceito de dignidade, a ideia de que todas as coisas possuem um preço ou uma dignidade e que se reconhece a dignidade quando uma coisa não possui equivalente e está acima de todo do tipo de preço.³³¹

³²⁸ SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**, p. 29.

³²⁹ “A autonomia, portanto, é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009, p. 269.

³³⁰ “Com efeito, o fundamento de toda legislação prática está *objetivamente na regra* e na forma da universalização que (de acordo com o primeiro princípio) a torna capaz de ser uma lei (eventualmente lei da natureza), *subjetivamente*, porém, está no *fim*; o sujeito de todos os fins, porém, é todo ser racional, enquanto fim em si mesmo (de acordo com o segundo princípio): daqui se segue agora o terceiro princípio prático da vontade, enquanto condição suprema da consonância da mesma com a razão prática universal, a ideia *da vontade de todo ser racional enquanto vontade universalmente legisladora*.” (grifos do original). KANT, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 251.

³³¹ “No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, qualquer equivalente, tem uma dignidade. [...] o que constitui a condição sob a qual algo

A concepção desenvolvida por Sarlet, que integra todos os elementos necessários para se identificar o que é a dignidade, afasta o tratamento degradante e desumano estabelecendo um parâmetro de igual respeito e consideração a todas as pessoas, até mesmo como preceito de que há medida de liberdade e igualdade na sua gênese. Na melhor expressão de Sarlet, a dignidade humana é:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, 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, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³³²

Este tratamento de respeito no conteúdo da dignidade humana também tem amparo nas deduções de Kant, para quem o respeito constitui a expressão adequada da avaliação da dignidade enquanto valor incondicional e incomparável.³³³

O princípio da dignidade humana também pode ser compreendido juridicamente como a derradeira defesa da pessoa humana³³⁴ em face do poder do Estado, considerando o ser humano como titular de direitos que devem ser reconhecidos e fomentados, e cuja observância é essencial para a conformação do ordenamento jurídico segundo os ditames de um Estado Democrático de Direito.

pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, dignidade”. KANT, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 265.

³³² SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**, p. 73.

³³³ “Pois coisa alguma tem outro valor senão aquele que a lei determina para ela. A legislação, porém, que determina todo valor, tem de ter ela própria, exatamente por isso, uma dignidade, isto é, um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra *respeito* constitui a expressão adequada da avaliação a que um ser racional tem de proceder acerca dela.” (grifos do original). KANT, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 269.

³³⁴ “[...] remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Da mesma forma, acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.” SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**, p. 48.

A previsão expressa da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental demonstra que o Constituinte brasileiro, como explicado por Sarlet, “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”³³⁵, de tal arte que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitui o “elemento que confere unidade de sentido e legitimidade”³³⁶ à ordem constitucional.

Novos horizontes humanos se abrem na perspectiva constitucional sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana e sua transmissão cultural e intelectual ao trabalho, ao respeito às relações pessoais e particulares dos empregados, inaugurando a possibilidade de se inserir valores na compreensão da dogmática constitucional, na assertiva que tem como ponto convergente “a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico”³³⁷.

É possível, pois, sustentar, como aduzido por Sarlet, o “caráter multidisciplinar da dignidade da pessoa humana”, que congrega “dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica), sua dimensão histórico-cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, ao que se poderia agregar a igualmente dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais”³³⁸, possibilitando a compreensão do direito segundo a complexidade reconhecida do pensar e agir do ser humano.

A garantia de isonomia entre todos os seres humanos é pressuposto essencial para o respeito da dignidade, o que exclui a possibilidade de tratamentos discriminatórios e arbitrários, também assim nas relações de trabalho. De igual modo,

³³⁵ SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**, p. 80.

³³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 91.

³³⁷ “O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”. CLÉVE, **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**, p. 29.

³³⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 72.

a garantia de identidade pessoal do indivíduo, na acepção de autonomia e integridade psíquica e intelectual, é uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana e concretiza-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada e de todos os aspectos relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade humana.³³⁹ E conclui Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.³⁴⁰

No plano vertical, o princípio da dignidade exige o aperfeiçoamento de ações efetivas por parte do Estado, no plano do desenvolvimento, da economia, da distribuição de riquezas e oportunidades, e principalmente no plano legislativo, para transferir cumprimento ao comando constitucional da promoção de regras protetivas expressas na estruturante dignidade do trabalho e na proteção aos direitos da personalidade, da efetiva proteção à intimidade e respeito ao trabalho, seja este o subordinado ou qualquer outro.

Também, no plano horizontal, vincula o particular à sua observância, como se verá a seguir, especialmente aquele que, como o empregador, está investido em uma posição de ascendência comparável a do Estado, ainda que em grau e plano diferenciado, mas tem indução e poder diretivo. O exercício do poder, em qualquer esfera deve ser vigiado, correlacionando-o com a ponderação sempre presente de não se ferir, ou de não desafiar o indicativo de indignidade.

Sob esta perspectiva é de se deduzir que o empregador, no exercício do poder diretivo e subordinante que o autoriza ao controle e mando, no plano horizontal, vincula-se à proteção e respeito inerente à pessoa do empregado, mais do que o pagamento de salários e cláusulas contratuais, a dignidade humana não pode ser

³³⁹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 104.

³⁴⁰ Idem, *Ibidem*, p. 104.

separada do empregado, sendo-lhe retirada na perspectiva de homem-objeto. Na expressão de Sarlet, “a concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana”³⁴¹. Este tema será considerado a seguir.

3.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais – a especificidade da relação de emprego

A relação de trabalho é uma relação jurídica diferenciada, marcada por uma estrutural desigualdade entre as partes, como já se demonstrou anteriormente. O empregado juridicamente subordinado, mesmo aquele altamente qualificado, sempre estará submetido às diretrizes da organização, à fiscalização e ao poder diretivo do empregador. É sintomático, assim, que as primeiras formulações sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares tenham surgido no âmbito trabalhista.³⁴² Como lembra Bilbao Ubillos, “*A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la ‘Drittwirkung’ de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales encontrando entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos.*”³⁴³

Canotilho³⁴⁴ esclarece que o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais era debatido na doutrina alemã como “eficácia externa” ou “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung*) e na doutrina norte-americana como “*state action*”.

³⁴¹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 118.

³⁴² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, n 4, out/dez 2011, p. 88.

³⁴³ UBILLOS, Juan María Bilnao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, p. 245. *Apud* SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 88-89.

³⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). **Direito constitucional** – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109-110.

A doutrina germânica prefere, atualmente, a expressão “efeitos horizontais” (*Horizontalwirkung*) ou “eficácia dos direitos na ordem jurídica privada” (*Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung*).

Em consonância com o tratamento dos direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais, segundo um constitucionalismo forte conforme anteriormente delineado³⁴⁵, se apresenta a concepção de Ronald Dworkin³⁴⁶ de que os direitos fundamentais dos indivíduos apresentam-se como trunfos contra a maioria, no sentido de que, num Estado Constitucional de Direito, “a posição jurídica individual protegida jusfundamentalmente goza de uma situação de primazia face aos poderes constituídos, incluindo a maioria que governa democraticamente”.³⁴⁷

Em obra dedicada ao estudo deste conceito, Jorge Reis Novais³⁴⁸ expressa que a metáfora dos trunfos funciona “contra preferências externas, designadamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições da sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração.” Nesta aceção, o direito de algum indivíduo (a livre expressão do pensamento, por exemplo) não poderá ser violado mesmo em nome do bem-estar da comunidade defendido pela “justificação de fundo”.³⁴⁹

Em outras palavras, pode-se ler em Arion Sayão Romita, que os indivíduos devem estar habilitados para se defenderem, não só em relação ao Estado, mas contra a prepotência de particulares, ou de outros, como direito de defesa, inclusive no que se refere à autonomia privada, conforme diz:

³⁴⁵ Veja-se item 1.3 “O Constitucionalismo e o desenvolvimento dos direitos fundamentais como blindagem coletiva e individual aos efeitos deletérios das transformações”.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Rights as trumps: theories of rights**. Oxford: Oxford University Press: 1995. p.152.

³⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Walters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010, p. 319.

³⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Portugal: Coimbra Editora, 2006, p. 28.

³⁴⁹ Por esta expressão, Dworkin dá significação a alguma forma de utilitarismo que, segundo ele, continua a ser a mais influente forma de justificação de políticas públicas nas democracias ocidentais. Ao falar em direitos como trunfos, todavia, ele não define exatamente a titularidade de um direito, mas explicita como ele deve ser entendido na relação indivíduo-sociedade.

se, nas relações entre cidadão e Estado, o primeiro há de estar municiado para defender-se contra a prepotência do outro (direitos fundamentais como direitos de defesa, Abwehrrechte, oponíveis ao Estado), nas relações entre particulares, concretizadas em negócios jurídicos sob a égide da autonomia privada, incidem as normas jurídicas destinadas a defendê-los uns dos outros.³⁵⁰

Jorge Reis Novais, no mesmo sentido, vislumbra nos chamados poderes privados outra linha de defesa da eficácia direta dos direitos fundamentais. Pondera que:

admitindo que os direitos fundamentais se desenvolveram e demonstraram a sua aptidão enquanto garantias jurídico-constitucionais na relação dos indivíduos com o Estado, portanto, no quadro de relações de poder, verticais ou assimétricas, então também serão estruturalmente aptos a desempenhar as mesmas funções sempre que tais relações de poder sejam replicadas nas relações entre particulares.³⁵¹

De igual forma, Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes entendem ser “indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.”³⁵² E acrescentam: “Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil. Em quadros como o nosso, excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em mutilar seriamente esses direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade humana.”³⁵³

Discute-se na doutrina de que forma opera a eficácia das normas de direito fundamental na ordem jurídica privada, formando-se, a respeito, duas teorias. Primeiro, a da eficácia direta ou imediata, segundo a qual os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas e, portanto, os indivíduos podem invocá-los diretamente sem necessidade de mediação pelo poder público. Segundo, a

³⁵⁰ ROMITA, **Direitos fundamentais**, p. 193.

³⁵¹ NOVAIS, **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p. 87.

³⁵² SARMENTO, et. al., **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 61.

³⁵³ Idem, *Ibidem*, p. 61.

da eficácia indireta ou mediata, sustentando que o dispositivo constitucional não seria dotado de eficácia plena, vinculando apenas o legislador.³⁵⁴

Em Portugal há disciplina normativa expressa (art. 18, n. 1, da Constituição de 1976): “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” Mesmo diante da norma, Vieira de Andrade³⁵⁵ entende que a transposição direta dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, para as relações entre particulares, somente deverá ser aceita “quando se trate de situações em que pessoas colectivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos.” Para o autor, em tais casos, “estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade.”³⁵⁶

É esta, justamente, a proposição deste estudo: evidenciar que a condição de vulnerabilidade do trabalhador subordinado eleva os direitos fundamentais à condição

³⁵⁴ A teoria da eficácia mediata ou indireta é predominante, por exemplo, na Alemanha, onde foi desenvolvida, originalmente, por Günter Dürig, em obra de 1956. Por ela, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, pois a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a tais direitos. Nesta linha, em caso de conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, caberia à lei fixar o grau de cedência recíproca de cada um dos interesses jurídicos confrontantes. Daniel Sarmiento observa que tal teoria é incompatível com o caráter intervencionista e social da Constituição Federal brasileira, além de que a Lei Fundamental de Bonn foi adotada em 1949, logo após o fim da traumática experiência do nacional-socialismo, o que justificava a preocupação com a proteção contra o arbítrio estatal (o art. 1.3 da Constituição alemã consagra expressamente a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais, mas silencia quanto à submissão dos particulares aos mesmos direitos). Além disso, existe um dado fático relevante que não pode ser desprezado: “a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. O Brasil, como se sabe possui índices de desigualdade social vergonhosos, equiparados aos dos países mais miseráveis do mundo.” SARMENTO, et al, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 82-84.

³⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 247.

³⁵⁶ ANDRADE, op. cit, p. 247/248. O autor explica que “O poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável, como aquele que existe em relações informais, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, de cartelização ou de oligopólio, pelo menos de bens essenciais. Não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea, embora esta possa tornar-se relevante por outra via (por exemplo, se determinar um vício da vontade na celebração de um negócio jurídico). Por vezes, há relações de poder privado, semelhantes às ‘relações especiais de poder’ típicas do direito administrativo. Outras vezes, são os grupos ou organizações que exercem poderes sobre os seus membros. Em certos casos, as entidades privadas dispõem de um poder económico ou social susceptível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros, chegando mesmo a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos), tolerados ou institucionalizados.”

de instrumentos de proteção direta contra quem sobre ele, embora também detentor de direitos, exerce uma relação de poder.³⁵⁷ Arion Sayão Romita discorre sobre o tema, ao tratar das posições jurídicas de efetiva desigualdade:

O direito formal e igual para todos tende a fazer os fortes cada vez mais fortes e os fracos cada vez mais fracos. Quem não desfruta fontes de poder próprio ou que é por si só impotente não tem capacidade para realizar sua liberdade jurídica em face dos titulares do poder social. A desigualdade social se converte em falta de liberdade social, o que é intolerável no seio do Estado democrático de direito. O poder exercido por particulares sobre outros constitui uma ameaça para o desfrute dos direitos fundamentais equivalente à ameaça do poder público.³⁵⁸

As situações de poder social são variadas e, assim, a medida da aplicação imediata dos direitos, liberdades e garantias devem variar, necessariamente, de acordo com as circunstâncias determinadas pelo caso concreto, estabelecendo-se os contornos de interação em si, ponderando as diferenças presentes dos diversos ambientes. Assim, como adverte José Carlos Vieira de Andrade :

(...) não pode ser tratada da mesma maneira a relação de poder que existe dentro da família, entre menores e pais (ou tutores), e aquela que liga um empregador a um empregado numa empresa, ou o utente de uma instalação privada e a respectiva administração, ou os consumidores e empresas oligopolistas, tal como merecem tratamento diferenciado as relações entre os grupos e os membros, conforme foram institutos religiosos e igrejas, sindicatos, partidos, ou outros tipos de associações.³⁵⁹

Os particulares poderão, assim, continua o autor, de acordo com a natureza específica e conforme a razão de ser e a intensidade do poder exercido, invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, de um lado, e exigir, de outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas condições. Para ele,

³⁵⁷ Arion Sayão Romita menciona como exemplo de posição jurídica de efetiva desigualdade o contrato individual de trabalho e discorre: “Sempre que um dos sujeitos se encontre em situação de poder em face do outro – que lhe permita ditar unilateralmente os termos do ajuste, aos quais o outro tenha de se submeter -, ou seja, quando não existir igualdade real entre os contratantes, resulta o óbvio limite negativo à autonomia privada, que se traduz na nulidade dos negócios contrários aos direitos fundamentais. A própria noção de Estado de direito – comprometido com a proteção dos direitos fundamentais – repele a intransigente defesa da autonomia negocial, evitando que poderosas entidades privadas, como as grandes empresas, desrespeitem os direitos fundamentais dos cidadãos e dos trabalhadores com quem celebram contratos de trabalho.” ROMITA, **Direitos fundamentais**, p. 198.

³⁵⁸ Idem, *Ibidem*, p. 198.

³⁵⁹ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 249.

(...) bem vistas as coisas, trata-se apenas de assegurar, quando e na medida em que isso se justifique, uma proteção mais intensa aos particulares vulneráveis nas relações com privados poderosos – garantia que corresponde, afinal, às preocupações evidenciadas pelas teorias moderadas do dever de protecção -, sem deixar de ter em conta a circunstância de essas entidades privadas poderosas também serem titulares de direitos fundamentais, embora, na maior parte dos casos, lembre-se uma vez mais, se trate de pessoas colectivas que, afinal, gozam apenas desses direitos parcialmente e por analogia.³⁶⁰

Não procede a objeção de que a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais prejudicaria demasiadamente a autonomia privada. Esta autonomia não é, pois, um valor absoluto, exigindo ponderação e compatibilização com outros interesses constitucionais.

Como ponderam Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, não há como comparar a vinculação de particulares com o regime imposto aos poderes públicos, porque na seara privada há o reconhecimento de haver especificidades “decorrentes, sobretudo, da necessidade de ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir.”³⁶¹

E, continuam, referindo-se a relações jurídicas assimétricas e em absoluta correspondência com a impossibilidade de autodeterminação do trabalhador no ambiente empregatício, do que cuidará o presente estudo mais adiante, a autonomia privada somente existirá quando o indivíduo dispor de mínimas condições materiais de liberdade, o que “não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia.”³⁶² Assim:

Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é considerar também os constrangimentos que lhe são impostos por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas, ao inverso, visa a promovê-la no seu sentido mais pleno.³⁶³

³⁶⁰ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 252.

³⁶¹ SARMENTO, et al, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 85.

³⁶² Idem, Ibidem, p. 85.

³⁶³ Idem, Ibidem, p. 85.

A própria objeção ao argumento de que a aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares implicaria perda da autonomia do Direito Privado parte da constatação de que, no mundo contemporâneo, não se pode ignorar que os atores privados, sobretudo quanto investidos em uma relação de poder, como é o caso da superioridade do empregador, representam um perigo tão grande quanto o próprio Estado para a efetiva fruição dos direitos fundamentais pelos mais fracos.³⁶⁴

O Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição Federal de 1988, não expressava uma posição clara a respeito da vinculação de particulares aos direitos fundamentais. Algumas decisões já indicavam, contudo, esta inclinação. Mencione-se, como exemplo, uma decisão de 1984 que, ao reputar ilegítima como meio de prova uma interceptação telefônica gravada sem a ciência do interlocutor, reconheceu que certas emanções do direito à privacidade também vinculam particulares.³⁶⁵ Já sob a égide da Constituição de 1988, embora a questão de fundo da causa tenha sido prejudicada pela pronúncia da prescrição, o Ministro Sepúlveda Pertence, tomando como pressuposto implícito a aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares, deixou consignado que a prática de revista íntima em empregadas de determinada indústria de roupas íntimas é ofensiva à privacidade e à dignidade humanas.³⁶⁶

A mesma discussão retornou em 1999, e a Corte, conquanto não tenha vislumbrado ofensa a direito fundamental, dadas as circunstâncias da revista (prévia divulgação e concordância das empregadas, bem como realização “segundo padrões éticos, com discrição, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano”), partiu, novamente, do pressuposto da vinculação do ente privado aos direitos fundamentais, independentemente de mediação legislativa.³⁶⁷

³⁶⁴ SARMENTO, et al, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 87.

³⁶⁵ STF. RE 100094/PR (DJ 24.08.1984).

³⁶⁶ STF. RE 160.222/RJ – Rio de Janeiro. DJ 01.09.1995.

³⁶⁷ STF. Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 22.0959. DJ 29.10.1999. A repercussão e a polêmica em torno destes casos impeliu o legislador ordinário a inserir na CLT um preceito proibitivo da prática de revista íntima, o art. 373-A, deste teor: “Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (...) VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.” (redação dada pela Lei nº 9.799/99). Mais apropriada à indiferenciação de gênero, uma lei do Estado do Rio de Janeiro, Lei estadual nº 2.749/97, proíbe “em todos os estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços com sede ou

Finalmente, de forma explícita, tal tese foi agasalhada no julgamento de 2005 envolvendo a União Brasileira de Compositores (UBC) e um membro expulso sem prévia oportunidade de defesa. A decisão, tomada por maioria de votos, consignou a adoção da tese da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais entre os particulares, como se extrai do voto do Ministro Celso de Mello:

Cumpre considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet (...): ‘uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa (...)’

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.³⁶⁸

Entre nós, os fundamentos constitucionais para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas são vários, podendo-se mencionar: a força normativa da Constituição e o patamar hierárquico superior das normas constitucionais; o caráter unitário do ordenamento jurídico; o caráter normativo dos direitos fundamentais e sua eficácia imediata (art. 5º, § 1º, CF); o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica e a necessidade de proteção integral da pessoa humana (art. 1º, III, CF); a função social da propriedade, do contrato, da empresa e da livre iniciativa (arts. 5º, XXIII; 170, *caput*, 186 e 1º, IV, CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF).

Uma vez admitida à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cabe considerar o problema de sua invocação na relação empregatícia, quanto à sua

filiais no Estado do Rio de Janeiro a prática de revista íntima nos funcionários.” (art. 1º). Quanto à interpretação do art. 373-A da CLT, Bruno Lewicki observa que ela “só pode ser feita estendendo-se sua abrangência aos trabalhadores homens, tendo em vista o respeito que a norma infraconstitucional deve à isonomia consagrada na Lei Maior (art. 5º, I): não há *ratio* que sustente a restrição da norma protetora da mulher, o que certamente ocorreu, no novo texto da CLT, motivado apenas pela maior incidência desta problemática entre as trabalhadoras.” LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 162-163.

³⁶⁸ STF – RE 201.819/RJ – Rio de Janeiro – 2ª Turma – DJ 17.10.2006.

extensão e intensidade, envolvendo, de um lado, o direito de intimidade do empregado (art. 5º, X, CF), e, de outro, o poder empregatício, com vinculação ao direito de propriedade do empregador (art. 5º, caput e inciso XXIII, CF). Interessa ao tema proposto neste trabalho a eficácia imediata revelada por uma posição de poder ou autoridade, pois a assimetria que marca a relação de emprego, dado o pressuposto da subordinação que a integra, faz avultar a possibilidade de desrespeito à dignidade da pessoa humana. No próximo título se abordará o estabelecimento de limites e de conteúdo do direito à intimidade sob as premissas de que a relação empregatícia é assimétrica, de que o exercício de poder do empregador e a autonomia privada devem ser limitados no plano horizontal, em respeito aos direitos fundamentais motivados pelo princípio da dignidade humana.

3.3 Colisão de interesses – os limites dos limites e a dignidade humana como conteúdo imponderável do direito à intimidade

Mesmo incidindo horizontalmente, os direitos fundamentais não são absolutos.³⁶⁹ A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, reconheceu que a fruição das liberdades e o exercício dos direitos pelas pessoas devem respeitar as limitações legais impostas para assegurar o respeito aos direitos e liberdades dos outros, além das exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade democrática.³⁷⁰

³⁶⁹ Segundo José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados: “Não o são na sua dimensão subjectiva, porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse, e também porque é inevitável e sistémica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros. E, podemos dizê-los, nunca se sustentou que o fossem, já que mesmo na época liberal-individualista se entendia que os direitos fundamentais (cada um dos direitos e os direitos de cada um) tinham como limite a necessidade de assegurar aos outros o gozo dos mesmos direitos. Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a Constituição não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários.” ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 265/266.

³⁷⁰ Art. 29, item 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A teoria da restrição dos direitos fundamentais³⁷¹ busca, justamente, um equilíbrio na materialização destes direitos, livrando-os de possíveis arbitrariedades em nome de seu pleno exercício. A coexistência de direitos de igual magnitude normativa impõe uma necessária coordenação entre eles.³⁷²

Sobre as teorias extremadas de materialização dos direitos fundamentais, Paulo Ferreira Cunha afirma que há duas formas de não os levar a sério: pelo maximalismo e pelo minimalismo. Pretender que os direitos fundamentais a tudo se apliquem implica irremediável banalização e inoperância, pois “a má moeda expulsa a boa, e os inexistentes e quiméricos direitos fundamentais acabam por minar a credibilidade dos direitos fundamentais efectivos e praticáveis.”³⁷³ De outro lado, as intensas críticas de impraticabilidade ou utopia de certos direitos “acabam por contaminar também de invencível cepticismo todos os direitos. Incapazes de aceitar

³⁷¹ Como assinala Jorge Reis Novais, em obra dedicada ao desenvolvimento da acepção cunhada por Ronald Dworkin (direitos como trunfos contra a maioria), “o princípio da dignidade humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem. Daí resulta a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria. Essa tentativa seria, não apenas moral e politicamente inaceitável, como, sobretudo, e para o que aqui nos importa, juridicamente vedada, já que constituiria uma restrição do livre desenvolvimento da personalidade inadmissível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, enquanto tal, constitucionalmente rejeitada.” NOVAIS, **Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006, p. 31.

Em outro ponto, o mesmo autor afirma categoricamente que “a metáfora dos trunfos não pretende impedir as possibilidades legítimas de restrição, mas antes evidenciar por que, em Estado de Direito, algumas razões devem ser excluídas enquanto possibilidades de justificação para restringir um direito fundamental (...)”. NOVAIS, **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**, p. 324.

³⁷² De acordo com Konrad Hesse, as limitações aos direitos fundamentais, estes imprescindíveis à ordem objetiva da coletividade, prestam-se a coordenar mutuamente os direitos de liberdade e outros bens jurídicos. A atividade conferida ao legislador de limitação dos direitos fundamentais induz à “produção e conservação de uma conexão de ordem, na qual tanto as liberdades jurídico-fundamentais como aqueles outros bens jurídicos ganham realidade. Na medida em que as determinações, que protegem a ambos, em seu alcance material cruzarem uma outra, ou colidirem uma com a outra, limitação de direitos fundamentais é, fundamentalmente, *produção de concordância prática*.” HESSE, Konrad. **Elementos de Direito constitucional na República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 228.

³⁷³ CUNHA, Paulo Ferreira. **Teoria da constituição: Direitos humanos e fundamentais**. Lisboa: Editorial Verbo, 2000, p. 44.

senão uma malha muito tênue de proteção, não vêem que é preciso renovar as defesas, sob pena de a translúcida teia tudo deixar passar (...).³⁷⁴

Na seara das restrições ao direito à intimidade, Paulo José da Costa Júnior, afirma que se, de fato, “não é lícito desnudar a vida particular ou familiar de um indivíduo, seus hábitos e vícios, suas aventuras e preferências, *null a necessitate iubente, a contrario sensu* (sem que nenhuma necessidade promova, em sentido contrário), será legítimo desvendá-la, presentes determinadas justificativas.”³⁷⁵

O autor reconhece hipóteses em que o interesse individual é superado pelo interesse público, justificando-se o sacrifício do direito fundamental à intimidade. Para ele, o princípio *la vie privée doit être murée* não deve mais ser interpretado no sentido de que em torno da privacidade do indivíduo deve ser erguida uma verdadeira muralha, mas deve adaptar-se às contingências da vida em sociedade:

O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.³⁷⁶

Ressalva, todavia, tratar-se de redução, não de eliminação total do direito, impondo à esfera pública a inviolabilidade da esfera mais íntima da vida privada, pois nesta seara a intromissão do interesse público não passaria de mera curiosidade sem justificação.³⁷⁷

A efetividade dos direitos fundamentais, portanto, passa pela necessária possibilidade de sua relativização. Tal restrição suscita, para a doutrina estrangeira³⁷⁸,

³⁷⁴ CUNHA, **Teoria da constituição**, p. 44.

³⁷⁵ COSTA JÚNIOR, **O direito de estar só**, p. 51.

³⁷⁶ Idem, *Ibidem*, p. 51.

³⁷⁷ Menciona, como exemplo, ser lícita a publicação da fotografia do evadido de cárcere ou manicômio, de pessoa procurada pela Polícia ou pela Justiça, de pessoa perdida. Não se justificaria, entretanto, a publicação da fotografia de um condenado que já tivesse recebido a pena e que não merece tê-la agrava pela publicação desnecessária. (Idem, *Ibidem*, p. 52).

³⁷⁸ Tais teorias, embora atualmente relacionadas com a dogmática dos direitos fundamentais, suscitaram intensos debates no âmbito do direito civil, sobretudo na França, entre Planiol e Ripert (cf. Marcelo Planiol/Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 10. Ed., Paris: LGDJ, 1926, p. 298), de um lado, e Josserand (cf. Louis Josserand, *De l'esprit des droit et de leur relativité*, Paris, Kalloz, 1927), de outro.

uma dupla concepção: primeiro a de que existem dois momentos lógicos distintos, a saber, o momento da fixação do direito e a criação de restrições, constitucionais ou legais, a estes direitos; segundo a de que as restrições a direitos fundamentais não são, na verdade, restrições, mas limites que configuram o próprio direito.

A teoria da restrição dos direitos busca, justamente, estabelecer um vínculo de coordenação em sua materialização, de forma a respeitar a esfera jurídica alheia, dotada de direitos de igual magnitude normativa, bem assim as limitações legais. A coexistência de diversos direitos e princípios constitucionais impõe a relativização de cada um, na medida exigida pelo caso concreto e de forma a manter a unidade e a coesão do ordenamento jurídico.

Além dos direitos explicitamente previstos no ordenamento jurídico, admite-se, em respeito à velocidade das transformações sociais, a existência de uma cláusula geral da qual se pode retirar proteção a outros não aduzidos de forma expressa, mas afetos à garantia da dignidade humana, a qual também se pode vincular o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O exemplo examinado neste trabalho – oposição entre direito de personalidade do empregado e o poder empregatício – ilustra a colisão entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos que deve ser solucionada pelo intérprete conforme o caso concreto se apresente, sem, contudo, olvidar a sistemática consignada nos modelos contemporâneos de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Como adverte Alice Monteiro de Barros,

(...) as fronteiras do direito à intimidade e o poder de comando do empregador não poderão ser traçadas com caráter genérico para todos os trabalhadores, sendo, muitas vezes, necessário o exame do caso concreto para se verificar a existência ou não da lesão à intimidade do empregado, lembrando-se que o conhecimento de alguns dados ou circunstâncias, como também determinadas exigências são relevantes para adequar o contrato à legalidade e preservar outros bens ou direitos dos trabalhadores, de seu sindicato, do empregador ou de terceiro.³⁷⁹

O empregador é definido pela CLT como aquele que “dirige a prestação pessoal de serviço” (art. 2º), sem dizer, contudo, em que consiste tal direção e até que ponto sua atuação pode ser considerada legítima. Assim, sem uma visão sistemática

³⁷⁹ BARROS, **Proteção à intimidade**, p. 180/181.

do ordenamento jurídico, considerado os valores fundamentais expressos na Constituição Federal, especialmente a dignidade humana como princípio balizador, considerando, também, a cláusula aberta do art. 8º da CLT³⁸⁰, não seria possível definir os limites do exercício do poder diretivo do empregador. E nesta ordem, uma questão é inarredável: não haverá ingerência legítima se não houver conformidade constitucional.

A proteção ao direito à intimidade deve sempre conformar-se com a possível preponderância de interesses opostos. A ponderação de interesses, denominada na doutrina norte-americana de *balancing*, retrata a técnica jurídica de solução de conflitos normativos envolvendo valores fundamentais ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelos tradicionais métodos hermenêuticos de interpretação ou pelo modelo subsuntivo.³⁸¹ Sobre o tema, Ana Paula de Barcellos observa que:

Os conflitos que não podem ser superados pelas técnicas tradicionais em geral refletem um confronto entre valores ou opções políticas decorrentes da própria Constituição como um todo e dos princípios por ela previstos em particular. Conflitos entre liberdade de expressão e direito à honra e à intimidade, entre propriedade e sua função social, entre proteção do meio ambiente e direito à moradia, dentre muitos outros, revelam tensões entre elementos consagrados pelo próprio constituinte.³⁸²

O princípio da proporcionalidade impede que por meio do dogma de respeito a determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados.

O método da ponderação exige, contudo, respeito a uma metodologia própria, racional e objetiva, tendente a afastar, no maior grau possível, conclusões infensas à segurança jurídica e à transparência dos atos judiciais.

A ponderação envolvendo direito fundamental do empregado subordinado deve considerar, especialmente, a proeminência do empregador, a impor que, na

³⁸⁰ Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

³⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

³⁸² Idem, Ibidem, p. 34.

seara trabalhista, “a incidência dos direitos fundamentais ocorra de forma especialmente enérgica”³⁸³, sem implicar, contudo, “que não haja espaço para ponderação com a autonomia privada das partes.”³⁸⁴ Há um grau de liberdade do empregador que deve ser preservado, além de que “se, por um lado, não se pode ignorar que a autonomia contratual pode ser mera fachada para imposições heterônomas, violadoras de direitos, impostas pela parte mais forte, por outro, tampouco se deve reduzir a zero a possibilidade de autodeterminação dos próprios interesses pelos trabalhadores, tratando-os como se fossem sujeitos incapazes.”³⁸⁵

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam haver três etapas a serem superadas na ponderação.³⁸⁶ A primeira delas consiste em identificar os enunciados normativos em tensão e agrupá-los em função da solução normativa sugerida para o caso concreto, facilitando o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.³⁸⁷ Em seguida, na segunda etapa, examinam-se os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.³⁸⁸ Na terceira etapa é que a ponderação singulariza-se, em relação à subsunção; nesta fase, os diferentes grupos de normas são examinados de forma conjunta, aferindo-se o peso de cada elemento em disputa e, por fim, o grupo de normas que deve preponderar no caso examinado. Depois, deve-se decidir o quão intensamente este grupo de normas e a solução por elas indicada deve preponderar sobre as demais, ou seja, sendo possível dosar a intensidade da solução escolhida, cabe definir qual o grau apropriado em que ela deve ser aplicada.

³⁸³ SARMENTO, et. al., **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 89.

³⁸⁴ Idem, *Ibidem*, p. 89.

³⁸⁵ Idem, *Ibidem*, p. 89-90.

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346-347.

³⁸⁷ Com atenção no sentido de que norma não se confunde com dispositivo, podendo vários destes compor uma só norma, ou um só dispositivo compreender vários enunciados normativos. Agrupam-se, em cada lado, os diversos fundamentos normativos em função da solução que estejam sugerindo. (Idem, *Ibidem*).

³⁸⁸ “Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.” (Idem, *Ibidem*).

O fio condutor de todo este processo é a proporcionalidade ou a razoabilidade. A validade de restrição de direito fundamental do empregado sujeita-se a uma criteriosa análise dos três subprincípios em que se desdobra a proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A restrição, portanto, nesta linha:

(...) deve pelo menos contribuir para a promoção de interesse legítimo do empregador (adequação); deve ser o meio mais suave para a promoção, com a mesma intensidade, daquele interesse (necessidade); e, numa relação de custos e benefícios, pautada não pela lógica econômica, mas por parâmetros extraídos da Constituição, a promoção do objetivo visado pelo empregador não pode implicar em sacrifício superior ao direito do empregado (proporcionalidade em sentido estrito).³⁸⁹

A utilização dos critérios expostos não elimina, absolutamente, avaliações de caráter subjetivo, tendentes a variar de acordo com as convicções pessoais do intérprete, mas o espaço de discricionariedade fica consideravelmente reduzido e, ainda, sujeito ao controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação pelo método conhecido como teoria da argumentação³⁹⁰, segundo critérios que atendam, inclusive, a integridade do sistema.³⁹¹

³⁸⁹ SARMENTO, et. al., **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 96. No mesmo sentido, a doutrina de Luís Roberto Barroso: “A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 228-229).

³⁹⁰ Sobre argumentação, v. Antonio Carlos Cavalcante Maia, verbete “Argumentação”, in BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Paulo, Renovar, 2006, p. 60. Por ela, verifica-se a correção dos argumentos lançados em suporte de uma determinada conclusão ou, ao menos, da coerência e da racionalidade do raciocínio envolvido em cada caso. Sobre argumentação jurídica, veja-se ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

³⁹¹ A ideia de respeito à integridade do sistema remete ao conceito de *law as integrity*, base do pensamento de Ronald Dworkin, desenvolvido no capítulo VII de sua obra *Law's empire*, 1986 (em português, *O império do Direito*, 1999, p. 271 e seguintes). A leitura moral da Constituição preconizada por Dworkin é limitada pela exigência de integridade constitucional, afirmando, em tradução livre: “Os juízes não devem ler suas próprias convicções na Constituição. Não devem ler cláusulas morais abstratas como se expressassem algum juízo moral particular, não importa quão adequado esse juízo lhes pareça, a menos que o considere consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional

Barroso ³⁹² sistematiza três parâmetros elementares de controle da argumentação, quais sejam: (1) deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que imprimam sustentação à decisão, não somente apresentar um apoio lógico ou moral; (2) deve haver a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão, projetando-se a argumentação desenvolvida para o caso concreto a um conjunto maior de hipóteses e facilitando-se, assim, a visualização de desvios e inconsistências; (3) utilizar duas categorias de princípios – primeiro, princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; segundo, princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional – que orientem a atividade do intérprete, de modo que “diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.”³⁹³

Ao lado do valor das proposições abstratas não se pode negligenciar as nuances do caso concreto, indagando-se se a criação de parâmetros específicos atendem à solução entre a privacidade do empregado e a necessidade de regulação do poder empregatício, emprestando maior segurança para ambas as partes envolvidas na relação.

Por certo que a existência de alguns parâmetros específicos e a formulação de parâmetros gerais a partir da reflexão em abstrato proporciona maior segurança e uniformidade à interpretação das normas constitucionais. Essa proposta, todavia, deve partir da centralidade do homem, vislumbrado em suas relações concretas, e à luz da ideia de dignidade da pessoa humana como base de sustentação do sistema constitucional brasileiro e do próprio Estado Democrático de Direito, como lembra Paulo Ricardo Schier, “Parte-se da ideia de que são os direitos fundamentais, de certa

assentadas pelos juízes que os antecederam”. A ideia de integridade, destaque-se, não remete à uniformidade e nem exclui eventuais temperamentos da lei ao caso concreto, como observa BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344, em nota de rodapé.

³⁹² BARROSO, op. cit., p. 343-345 passim.

³⁹³ Idem, Ibidem, p. 345.

maneira fundados na noção de dignidade humana, que justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação. Assim, ou ao menos Estado Democrático de Direito, desvinculado de uma justificação ética.”³⁹⁴

Em estudo sobre a compreensão dos fundamentos da unidade axiológica da Constituição, Glauco Barreira Magalhães Filho³⁹⁵, pontua que a Constituição, vista em sua dinamicidade, é um processo dialético centrado na dignidade da pessoa humana como princípio regulador, o que se dá não por uma emanção metafísica, mas por um desdobramento histórico, pela conquista direta do homem. Assim que:

Havendo colisão de direitos fundamentais em um caso concreto, deve-se referi-los à noção de dignidade da pessoa humana, pois nela todos os princípios encontrarão a sua harmonização prática, descobrindo-se uma solução que considera a existência de todos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se procede a uma hierarquização entre eles, em consonância com a compreensão social do que é mais relevante para se alcançar o fim coletivo e a dignificação da pessoa humana.³⁹⁶

Na seara do direito fundamental à intimidade, em contraposição com os fundamentos do poder diretivo do empregador, há, portanto, este limite intransponível a considerar: o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Conquanto se admita a possibilidade de variação do conteúdo da privacidade, como seu viú

³⁹⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 217. De igual modo, na linha de construção de uma dogmática constitucional emancipatória, Clèmerson Merlin Clève afirma que: “Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira. O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, em alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, jul/dez 2003, p.18.

³⁹⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axialógica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 228-229.

³⁹⁶ MAGALHÃES FILHO, **Hermenêutica e Unidade Axialógica da Constituição**, p. 229.

anteriormente³⁹⁷, “o valor que anima e inspira a proteção da privacidade da pessoa é sempre o mesmo: o respeito à sua dignidade, que é invariável.”³⁹⁸ Este, como se justificará no presente estudo, o núcleo essencial do direito fundamental sob exame, a exigir, na ponderação de tal conflito, um elevado grau de justificação na hipótese de restrição do direito à intimidade relativamente ao poder empregatício, e, ainda assim, sem comprometer a dignidade. Em especial porque este conflito não compreende, comumente, liberdades existenciais do empregador, mas interesses eminentemente econômicos. Outros valores mais caros, como o interesse público, a segurança coletiva, dentre outros, atendem este grau de justificação³⁹⁹, assim como também se reconhece que muitas vezes a contraposição resolve-se pela proeminência dos fundamentos do poder diretivo porque não se tem, dadas circunstâncias concretas, a intimidade por afetada em seus contornos essenciais. Como advertem Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, na ponderação “deve-se fugir de qualquer tipo de ‘fundamentalismo’ dos direitos fundamentais, o que justifica a busca racional de

³⁹⁷ Deixando a acepção originária do “direito a estar só” consagrado por Warren e Brandeis, e passando a compreender outros aspectos impostos pelas contingências da evolução produtiva e tecnológica, como a proteção de dados pessoais, o sigilo das comunicações e o respeito à liberdade das escolhas pessoais de cunho existencial, ou seja, ao modo como sua individualidade insere-se na sociedade.

³⁹⁸ LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 25.

³⁹⁹ Mas o conflito, aqui, não se dá, essencialmente, com o poder diretivo do empregador, mas com outros interesses. Pode-se cogitar, por exemplo, do caso da American Airlines, que submetia seus empregados, admissional e periodicamente, a testes de polígrafo (detector de mentiras), fazendo as seguintes perguntas: você reside em casa própria?; esteve hospitalizado nos últimos 10 anos?; usa bebidas alcoólicas?; usa narcóticos?; cometeu crime ou já foi preso?; tem antecedentes de desonestidade?; roubou qualquer propriedade do local onde trabalha?; desde seu último teste, usou qualquer droga ilegal?; com seu conhecimento permitiu contrabando em aeronaves?; permitiu que alguém violasse os procedimentos de segurança?; transportou qualquer droga ilegal em avião?; intencionalmente, permitiu que alguém viajasse com documentos falsos? A decisão de segundo grau entendeu haver justificação para a conduta do empregador, porque muitos dos questionamentos implicavam razões para dispensa por justa causa ou ilícitos penais, mas, primordialmente, porque o risco da atividade e a segurança do transporte aéreo, especialmente depois dos atentados de 11 de setembro e de notícias de que empregados da empresa, no exterior, facilitaram a prática de contrabando e narcotráfico, exigia um maior controle da idoneidade e do discernimento dos ocupantes de cargos na companhia. Consignou a decisão, ainda, que a privacidade e os valores morais do empregado não foram violados, pois não houve perguntas de natureza íntima, e que “o procedimento adotado pelas reclamadas volta-se para um interesse maior que é comum a toda uma coletividade, à segurança no transporte aéreo, inclusive quanto aos próprios funcionários, agentes de segurança, de que se espera estar devidamente preparado para conviver com situações estressantes.” O Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, reformou a decisão, ao fundamento de que o uso de polígrafo viola a intimidade e a vida privada do empregado, e que não é um instrumento “indispensável à segurança da atividade aeroportuária, haja vista existirem outros meios, inclusive mais eficazes, de combate ao contrabando, o terrorismo e à corrupção, não podendo o teste de polígrafo ser usado camufladamente sob o pretexto de ‘teste admissional’ rotineiro e adequado.” (TST-RR-28140-17.2004.5.03.0092, DEJT 07/05/2010).

critérios nesta área, tão importante na vida do ser humano e na conformação da nossa sociedade.”⁴⁰⁰

A ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais, expressamente prevista nas Constituições alemã e portuguesa⁴⁰¹, dentre outras, “traduz o limite dos limites, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.”⁴⁰²

Referindo-se ao artigo 18.3 da Constituição Portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade afirma que ele tem um caráter concretizador, confirmando, positivamente, um princípio geral de direito que já devia ser visto como limite de atuação dos poderes constituídos. Quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais assevera, como Dürig, que ele se traduz na dignidade:

A dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material. Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa constituição particularmente marcada por preocupações de carácter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (ou os limita logo no plano constitucional), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição.⁴⁰³

Assinala o autor, todavia, que a proteção dirige-se ao valor contido em cada um dos vários preceitos que preveem os direitos, e não ao conteúdo essencial de cada direito subjetivo, ou seja, é o valor constitucional em si que é protegido e não o direito subjetivo individual. Discorre que, assim, o limite ao poder legislativo residirá em não poder atentar contra as exigências – mínimas – de valor que, por

⁴⁰⁰ SARMENTO, et. al., **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 101.

⁴⁰¹ Constituição Alemã, art. 19: “1. Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê. 2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência. 3. Os direitos fundamentais se aplicarão igualmente às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza desses direitos o permitir. (...)”

Constituição Portuguesa, art. 18: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁴⁰² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 111.

⁴⁰³ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 285.

representarem uma projeção da dignidade humana, constituem o fundamento, a essência, de cada preceito constitucional na referida matéria. Embora a concepção seja pela vinculação legislativa⁴⁰⁴, o autor admite que a proteção dada pelo limite absoluto da norma constitucional estende-se ao direito subjetivo de certos indivíduos quando se tenha de admitir sua “anulação” em determinadas circunstâncias, caso em que esta restrição “não poderá ser ilimitada no tempo, nem poderá abranger todos ou a generalidade dos domínios da vida desses indivíduos”, pois “se assim fosse, “eles deixavam de ser homens livres para se transformarem em escravos.”⁴⁰⁵

No Brasil, mesmo não existindo uma previsão formal nesse sentido, observa Ana Paula de Barcellos⁴⁰⁶, entende-se que os direitos fundamentais não podem sofrer restrição a ponto de tornarem-se vazios de conteúdo, especialmente porque instituídos por cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF). Esta norma, ao obstar a deliberação de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, representa, mesmo que indiretamente, um instrumento de proteção ao núcleo essencial de cada direito fundamental. Esta também a posição de Ingo Wolfgang Sarlet ao mencionar que a inclusão dos direitos fundamentais dentre as cláusulas pétreas não implica uma garantia absoluta, mas a preservação de seu núcleo essencial, de forma que emendas que preservem o “núcleo duro” do direito podem ser tidas como constitucionalmente adequadas.⁴⁰⁷

Assim, como pondera Ana Paula de Barcellos, “não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre

⁴⁰⁴ A acepção é de direitos abstratamente irrestringíveis, mas concretamente restringíveis.

⁴⁰⁵ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 288.

⁴⁰⁶ BARCELLOS, **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 140.

⁴⁰⁷ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 390. Refere o autor, expressamente, que “parece-nos que, ao utilizar-se das expressões (abolir e tendente a abolir), o Constituinte pátrio efetivamente quis preservar em qualquer hipótese o cerne de cada direito fundamental.” Também sustenta o autor que o art. 5., parágrafo 1., que confere eficácia imediata às normas fundamentais, também deve dispor da mesma proteção dispensada às cláusulas pétreas, porque retirar a eficácia dos direitos fundamentais induz ao mesmo efeito prático de subtraí-los.

deverá ser respeitado.”⁴⁰⁸ A ponderação, portanto, não poderá violar o núcleo do direito fundamental ou, em outros termos, encontrará nele o seu limite imponderável. Este núcleo essencial é corolário do próprio mínimo existencial que não pode deixar de ser atendido, sob pena de um desequilíbrio incontornável da própria sociedade como um todo.

Daniel Sarmento observa que a ponderação de interesses constitucionais não representa uma técnica amorfa e adjetiva, pois é orientada por valores substantivos consagrados pela Constituição, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, segurança, dentre outros.⁴⁰⁹ Para o autor, de igual modo, a ponderação deve respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, conteúdo mínimo que não pode ser suprimido, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito: “o núcleo essencial traduz o ‘limite dos limites’, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.”⁴¹⁰

A questão que se coloca, a este ponto, é a de definir, então, qual seria o núcleo do direito à intimidade e à vida privada, e é possível sustentar que a restringibilidade do direito fundamental à intimidade encontra seu limite último na dignidade da pessoa humana. A dignidade, acentua Barroso, relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O princípio “representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de ser, pensar e criar.”⁴¹¹ A dignidade relaciona-se com cada direito fundamental, assim, de forma que uma afronta ao núcleo essencial do direito implica uma afronta à dignidade humana.

Duas teorias auxiliam na compreensão da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: as teorias absolutas (ou teorias do “núcleo duro”) e teorias relativas (ou teorias do núcleo flexível). De acordo com as teorias absolutas, o núcleo

⁴⁰⁸ BARCELLOS, **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 141.

⁴⁰⁹ SARMENTO, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 98.

⁴¹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 111.

⁴¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38.

do direito equivale a um conteúdo normativo, delimitado em abstrato, que não pode ser relativizado em qualquer circunstância.⁴¹² O conteúdo imponderável é fixado de antemão, conduzindo, nestes contornos, a atuação do intérprete.⁴¹³ Na acepção de Günter Dürig, ele corresponderia à projeção da dignidade humana em cada direito e seria afetado sempre que a pessoa se tornasse objeto do “acontecer estadual”; para outros, equivaleria a uma certa medida de “valor social” global que deveria sempre remanescer depois da restrição; e, para outros, ainda, como Leisner, seria constituído pelos elementos mínimos que conferem tipicidade ao direito.⁴¹⁴

As teorias relativas defendem que o conteúdo essencial de um direito só pode ser delineado à luz do caso concreto, através da ponderação de interesses e da consideração das circunstâncias da hipótese examinada. A relatividade decorre da circunstância de que o núcleo essencial do direito é variável a cada caso concreto, dependendo das circunstâncias e do resultado da ponderação e de, a partir dela, ser passível ou não, de se estabelecer uma restrição ao direito fundamental. Somente após a ponderação será possível localizar o núcleo essencial, e o que cedeu, em tal situação, acabou sendo considerado como não sendo parte do núcleo essencial do direito.⁴¹⁵ Sobre tais teorias, Ana Paula Barcellos afirma que, do ponto de vista operacional, as teorias relativas “reduzem a pouco mais que nada o conceito de núcleo de direito ou conteúdo essencial, uma vez que ele já não serve de qualquer tipo de balizamento ou limite para o intérprete no momento decisório.”⁴¹⁶

As teorias absolutas, por sua vez, “fornecem uma diretriz teoricamente consistente”⁴¹⁷, embora não se disponha de um manual com a descrição do núcleo essencial de cada direito. Consideram que existe uma esfera permanente de direito

⁴¹² BARROSO, **A nova interpretação constitucional**, p. 143.

⁴¹³ Objeção que se faz a esta teoria é de que não é possível conhecer antecipadamente este núcleo abstrato, pois ele não estaria pronto e definido, além de que essa ideia de núcleo duro desvalorizaria elementos do direito situados fora deste ponto central. (Cf. BARCELLOS, **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 143).

⁴¹⁴ *Apud* ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 285.

⁴¹⁵ A crítica às teorias relativas funda-se no argumento de que elas destroem a proteção dos direitos que a concepção do núcleo deveria, justamente, assegurar. “Se o conteúdo essencial deveria funcionar como um limite à ponderação, como ele poderá ser resultado dela?” BARCELLOS, **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 143-144.

⁴¹⁶ *Idem*, *Ibidem*, p. 144.

⁴¹⁷ *Ibidem*, *Ibidem*, p. 144.

fundamental decorrente “daquela parte que resulta definidora ou identificadora do significado que um direito tem em nossa cultura jurídica, e cujo sacrifício o desnaturaria por assim dizer.”⁴¹⁸ O esforço de identificação do núcleo essencial é, pois, hermenêutico, condicionado pela variação dos elementos relevantes à ponderação e dos conceitos jurídicos de acordo com a compreensão histórica dos fenômenos sociais.

Outra controvérsia sobre a proteção ao núcleo essencial, já mencionada na doutrina de José Carlos Vieira de Andrade⁴¹⁹, reside em verificar se tal projeta-se sobre o direito fundamental objetivamente considerado (teoria objetiva), ou em concreto, favorecendo diretamente o direito subjetivo a partir dele produzido e na esfera privada do sujeito que o detém (teoria subjetiva). Luiz Fernando Calil de Freitas lembra que um importante efeito desta distinção é “considerar inconstitucional qualquer afetação desvantajosa do núcleo essencial que afete individualmente titulares de direitos fundamentais, ou, em sentido contrário, apenas aquelas que configurem restrições ao núcleo essencial de caráter geral, afetando ao direito fundamental como instituição.”⁴²⁰

Na esteira do pensamento de Calil de Freitas existe uma dupla dimensão (objetiva e subjetiva) nos direitos fundamentais igualmente dignas de proteção. É possível, assim, “conjugar-se ambos os enfoques que, antes e ao contrário de serem opostos se complementam: sempre que a lei afete desvantajosamente a um direito fundamental, em face da dupla natureza dos direitos fundamentais, tanto garantias institucionais enquanto normas objetivas do sistema jurídico, quanto direitos subjetivos atribuíveis individualmente, a respectiva garantia deve compreender, naturalmente, as duas facetas: objetiva e subjetiva.”⁴²¹

A partir desta perspectiva, vislumbrando-se o núcleo essencial do direito a partir das teorias absolutas (núcleo consistente) e admitindo-se a existência de uma

⁴¹⁸ SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, 0.233.

⁴¹⁹ ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, passim.

⁴²⁰ FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 199.

⁴²¹ FREITAS, *Direitos fundamentais: limites e restrições*, p. 200.

dupla dimensão em que esse núcleo se projeta, é possível construir o sentido próprio de cada direito fundamental, como pontua Ana Paula de Barcellos:

O que se acaba de registrar, porém, não significa que a impossibilidade de se atingir o ideal das teorias absolutas condene o intérprete e os jurisdicionados às teorias flexíveis ou relativas. É perfeitamente possível e desejável, por meio da reflexão abstrata e/ou do estudo e tabulação dos precedentes judiciais, que a doutrina se ocupe de construir os sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou *standards* específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer restrição, em que circunstância isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos. Esse esforço hermenêutico contínuo não produzirá um núcleo duro nem permanente ou não-histórico, mas fornecerá um núcleo suficientemente consistente para funcionar como limite à atuação do intérprete e proteger em alguma medida os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas.⁴²²

A construção de *standards* é uma tarefa árdua e a intenção deste estudo é apenas avaliar ou propor alguns que podem, mais proximamente, atender as contingências dos conflitos surgidos nas relações de trabalho, pois consideram a especificidade da ascendência fática do empregador neste vínculo, e mensurar até que ponto eles podem realizar, na hipótese conflituosa, o respeito à dignidade do trabalhador enquanto núcleo essencial de seu direito à intimidade. É preciso, em um esforço conjunto da doutrina e da jurisprudência, identificar parâmetros que permitam, com um maior grau possível de segurança, assegurar que os meios de controle utilizados pelo empregador sejam efetivamente necessários e adequados às especificidades de cada relação concreta.

Salutar, nesta perspectiva, a lição de Clèmerson Merlin Clève enfatizando ser necessário “sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica”, colaborando para a construção de uma dogmática emancipatória, que permita lutar ombro a ombro com as forças conservadoras, no lugar em que elas imperam.⁴²³

As decisões judiciais que envolvem, especificamente, as novas tecnologias, são mais propícias a divergências e criam, com essa dissonância, um intransponível ambiente de incerteza jurídica.

⁴²² BARCELLOS, **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 145.

⁴²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: LEMBO, Cláudio. **Uma vida dedicada ao Direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37-38.

O caso do monitoramento de e-mail corporativo é singular, pois retrata uma intensa discussão sobre a contraposição entre a funcionalidade profissional e o âmbito corporativo deste mecanismo de trabalho e a proteção circundante das correspondências⁴²⁴ veiculadas pela pessoa. Como o intuito de ilustrar a discussão a respeito do tema, mencione-se um julgado do Tribunal Superior do Trabalho⁴²⁵, considerando que a finalidade do e-mail corporativo, aliado ao potencial prejuízo que sua utilização indevida pelo empregado pode ocasionar ao empregador, exclui este instrumento da mesma proteção de inviolabilidade assegurada ao e-mail pessoal e, portanto, legitimada estaria a irrestrita fiscalização pelo empregador.

A teor da decisão, a ausência de expectativa de privacidade e de intimidade, decorrente do mero fornecimento do correio para fins profissionais, permite ao empregador devassar, inclusive, o conteúdo das mensagens que nele transitam, sem exigir sequer indício de que o empregado, desvirtuando-lhe o objetivo, esteja

⁴²⁴ O e-mail, ainda que não possa receber a mesma proteção legal conferida ao sigilo das correspondências (art. 5º, da Constituição Federal, e Lei nº 6.538/78, que trata dos serviços postais no Brasil), porque não está entre os objetos descritos nos arts. 2º e 7º da Lei 6.538/78 e art. 21, inciso X, da Constituição Federal (Art. 21. Compete à União: (...) X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional), conta, de qualquer modo, com a proteção de inviolabilidade da intimidade e da vida privada do indivíduo, prevista de forma abrangente pelo art. 5º, X, da Constituição Federal (nesse sentido: Américo Bedê Júnior, *in* Restrição a direitos fundamentais: a questão da interceptação de e-mail e a reserva de jurisdição. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/420/337> Acesso em 02.05.2012.); Adriana Carrera Calvo, *in* O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Disponível em http://lfg.com.br/artigos/O_uso_indevido_de_emails_no_ambiente_de_trabalho.pdf Acesso em 02.05.2012. Não há, no Brasil, ainda, como falar em direito fundamental à proteção em face do uso da informática, como ocorre na Espanha: “*El art. 18 de la Constitución disse, em su cuarto apartado, que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. El precepto que tiene como único precedente lo dispuesto en el art. 35 de la Constitución portuguesa remite al legislador la regulación de esta materia, lo que no es óbice para que la doctrina deduzca del mismo el reconocimiento de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa.*” (Juan Ubillos. *In* La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Madrid, 1997 – Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 776).

⁴²⁵ TST- AIRR - 154240-24.2005.5.02.0055 (DJ 04/06/2008). Vale transcrever trecho da decisão, admitindo a utilização de prova obtida mediante acesso à caixa de "e-mail" fornecido pelo empregador ao empregado: “(...) se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de "e-mail" corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa.”

praticando conduta contrária ao ordenamento jurídico ou, então, potencialmente lesiva ao empregador.⁴²⁶

Embora a jurisprudência, especialmente do Tribunal Superior do Trabalho, esteja se consolidando no sentido de admitir o monitoramento do correio eletrônico corporativo, em detrimento do direito à intimidade e à vida privada do empregado (que, conforme tais decisões, não estaria sendo afrontado porque não haveria, na hipótese, “razoável expectativa de privacidade”⁴²⁷, dada a finalidade profissional da

⁴²⁶ Este, pois, o viés que suscita maior discussão sobre a possível afronta do direito de intimidade do empregado, pois, indaga-se: é certo considerar que o empregado, ao ser inserido na relação de emprego, despe-se da opção de reserva de toda e qualquer informação? Muitas delas, pondere-se, direcionadas para seu e-mail corporativo por pessoas que, conhecendo o “endereço eletrônico” por alguma forma, não estão ligadas por qualquer vínculo obrigacional com o empregador e, portanto, não estão sujeitas àquela prévia ciência de tramitação de mensagens de conteúdo profissional, e justamente por isso contam, sim, com uma razoável expectativa de privacidade quanto ao conteúdo enviado. A expectativa de privacidade que elas têm não aproveitaria o destinatário, mesmo sendo um e-mail corporativo, qualidade esta que, sabe-se, não é refletida – ou sequer aventada – pelo remetente? Sob outro ângulo, o acesso à mensagem não estaria afrontando o direito à intimidade de terceiro? Ou, para legitimar o rastreo pelo empregador, os dois polos da mensagem devem ser empregados sujeitos àquela prévia ciência? Se assim, esta filtragem seria feita pelo empregador? E, sendo assim, a violação ao conteúdo formal do e-mail já não estaria violada? Estas razões não seriam suficientes para impedir, salvo reserva judicial em caso de indícios de ato ilícito ou potencial dano ao empregador, o acesso do empregador ao conteúdo do e-mail corporativo do empregado?

⁴²⁷ Este fundamento ficou explícito no julgamento do TST-RR-613-2000-013-10-00 (DJ 10/06/2005). A tese da ausência de uma “razoável expectativa de privacidade” é originária da experiência do Reino Unido e dos Estados Unidos, especialmente. A Suprema Corte dos Estados Unidos analisou um caso envolvendo o direito à privacidade no ambiente de trabalho em 1987 no famoso caso *O'Connor v. Ortega* (480 U.S. 107 S. Ct. 1492, 94 L. Ed. 2d 714), e entendeu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho, mas esse direito deve ser ponderado com as peculiaridades da atividade e com uma “razoável expectativa de privacidade” que pode ou não existir em cada ambiente, e, mesmo assim, nunca existe de forma absoluta. No caso do correio corporativo a tendência é considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail para o desempenho do trabalho, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta (fundamento expresso, dentre outros, no *leading case* de *Smyth v. Pillsbury Co*). No Reino Unido, o Parlamento aprovou o RIP (*Regulation of Investigatory Powers Act*), vigente desde 24/10/2000, autorizando os empregadores a monitorar os e-mails corporativos e os telefonemas de seus empregados, nestes termos: “(3) *Conduct consisting in the interception of a communication is authorised by this section if –a. it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and b. it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services.*” (*Part I, Chapter 1, Section 3*) (...) *Nothing in any regulations under subsection (2) shall authorize the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business.*” (*Part I, Chapter 1, Section 4*). Em tradução livre: A interceptação de comunicações é autorizada por esta Seção se: (a) é feita por, ou em nome de, pessoa que fornece um serviço postal ou um serviço de telecomunicação; e (b) é feita tendo em vista propósitos relacionados com a prestação ou execução daquele serviço ou com a aplicação, em relação àquele serviço, de qualquer providência relacionada com o uso de serviços postais ou de telecomunicações. (...) Nada em qualquer regulamentação dentro da subseção (2) autorizará a interceptação de qualquer comunicação, salvo nas hipóteses de transmissão utilizando equipamentos ou utilidades fornecidos à pessoa que está executando o serviço para uso total ou parcialmente relacionado ao aludido serviço.

ferramenta cedida pelo empregador), ainda emergem posicionamentos contrários a tal possibilidade. Há, assim, os que ainda entendem que o monitoramento de correio eletrônico somente seria possível em caráter acautelador e não como mera fiscalização e invasão indiscriminada à privacidade do empregado, devendo ser precedida da prévia ciência do empregado ou de ordem judicial específica⁴²⁸, de forma a afastar definitivamente o prognóstico de uma rescisão indireta do contrato de trabalho ou indenização por danos morais.

Na ponderação dos interesses envolvidos, especificamente no exame da necessidade da conduta do empregador como subprincípio em que se desdobra a proporcionalidade, é possível verificar, neste caso específico, a possibilidade de se atingir o mesmo interesse patronal com a utilização de meios menos agressivos à privacidade do empregado, em especial sem a verificação do conteúdo das mensagens veiculadas, e mesmo em prejuízo de terceiros que, a despeito da ausência de qualquer vínculo jurídico, envolvem-se nesta relação. Como defende Bruno Lewicki:

A segurança do sistema pode ser proporcionada, tanto quanto possível, pelo uso da própria tecnologia; a sobrecarga de dados pode ser controlada restringindo-se a possibilidade de recebimento de arquivos anexos (sem que para tanto haja a necessidade de exame do seu conteúdo); a espionagem industrial pode ser combatida com um controle um pouco mais acurado dos arquivos anexos enviados; a queda na produtividade, enfim, deve ser detectada por inúmeros outros meios, não tendo cabimento remexer o teor dos e-mails do funcionário para conferir se a mensagem é parte de um diálogo privado com o cônjuge, uma piada ou uma “corrente da sorte”.⁴²⁹

Em um caso relacionado à quebra do sigilo bancário do empregado pela própria instituição financeira empregadora, com o único objetivo de verificar, em auditoria interna, a situação financeira dele, o TST reconheceu que “A mera violação da privacidade do Autor, consistente no exame de seu extrato bancário sem consentimento expresso, enseja a indenização.”⁴³⁰ Em outro, pontuou que “a quebra

⁴²⁸ Nesse sentido: BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Poder diretivo e controle do empregador: validade jurídica do monitoramento do correio eletrônico**. Revista Direito em Ação, Brasília, v. 6, n. 2, p. 89-90, dez.2005; e GRASSELLI, Oraci Maria. **Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2011, p. 85.

⁴²⁹ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 202.

⁴³⁰ TST-E-ED-RR-611/2003-029-12-00.5 (DEJT 10.10.2008).

do sigilo bancário é exceção às garantias previstas no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, admitida apenas mediante autorização judicial, quando existentes fundados indícios idôneos de passível prática delituosa por parte do investigado.”⁴³¹ Em outro julgado, todavia, entendeu que “o mero acesso da conta bancária do empregado, pelo banco empregador, para verificações de rotina, não caracteriza quebra do sigilo bancário, figura que depende da divulgação dos dados do correntista a terceiros.”⁴³²

Os exemplos referidos permitem avaliar a dimensão do problema enfrentado quando o assunto envolve a utilização de novas tecnologias pelo empregador, bem como a frequência com que decisões antagônicas resolvem casos concretos substancialmente iguais. Neste contexto, a formulação de parâmetros gerais, segundo os quais se espera que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes, auxilia a difícil tarefa do intérprete e permitem conferir maior integridade ao sistema.

Tratando especialmente de conflitos gerados na relação de emprego, Daniel Sarmiento sugere alguns parâmetros.⁴³³ O primeiro deles diz com a finalidade da restrição ao direito fundamental do trabalhador, admitindo-se, *a priori*, restrições proporcionais que preservem uma relação de estreita coerência com os objetivos empresariais legítimos do empregador ou com uma razoável necessidade do serviço.⁴³⁴ O autor aponta algumas outras variáveis relacionadas à natureza do empregador, relevantes para a ponderação entre os direitos do trabalhador e os interesses legítimos do empregador:

⁴³¹ TST-RR-209100-67.2003.5.07.0002, DEJT 06.08.2010. Consta, ainda, dos fundamentos da decisão: “No caso, não há notícia nos autos de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário do reclamante, até porque o próprio Banco admite que se arvora no direito de se utilizar dos dados bancários de seus empregados, de modo que a prova do prejuízo moral não é exigível, tendo em vista que a própria conduta do reclamado é suficiente para caracterizar o dano. Quer dizer, a assertiva de que os dados bancários do reclamante não tiveram divulgação não elide a responsabilidade do reclamado, pois o procedimento adotado resulta na quebra da confiança inerente ao contrato de conta corrente, devendo ser ressaltado que o fato do reclamante ter sido empregado do reclamado não permite que se “flexibilize” a regra do sigilo.”

⁴³² TST-RR-202800-11.2009.5.05.0463 (29/06/2012).

⁴³³ SARMENTO, et. al., **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 93-96, *passim*.

⁴³⁴ Seria o exemplo, cf. Daniel Sarmiento, da exigência feita por um restaurante aos seus profissionais que mantenham as unhas cortadas, pela preocupação com a higiene dos alimentos.

(1) se este for um grande empregador, com atuação pautada por interesses econômicos, haverá uma preferência *prima facie* para o direito fundamental do empregado em detrimento da conduta restritiva, pois a relação jurídica é informada por uma natural e intensa desigualdade fática e, em caso, não estão em risco liberdades existenciais do empregador;

(2) se o empregador for uma entidade integrante da Administração Pública direta ou indireta, ou entidade que desempenhe função de natureza eminentemente pública, haverá uma preferência *prima facie* para o direito fundamental do empregado, pois, neste caso, a vinculação do empregador aos direitos fundamentais equivale àquela imposta ao Estado;

(3) se o empregador for um micro, pequeno, empresário individual ou entidade sem fins lucrativos, a preferência *prima facie* antes indicada deve ser mitigada em razão da menor desigualdade fática e da maior proximidade pessoal entre as partes e vontades contratantes;

(4) se a natureza do empregador for a de “organização de tendência”, aplica-se a preferência *prima facie* indicada anteriormente, mas sendo possível a inversão desta presunção, em especial quando a discussão envolver a opção ideológica constante da própria finalidade da atividade empresarial, como, por exemplo, uma escola religiosa ou um partido político;

(5) no caso de empregador doméstico não existe a preferência *prima facie* do direito fundamental do empregado diante da escolha restritiva do empregador, pois o primeiro não está inserido no cerne de uma atividade econômica, mas sim no entorno de uma entidade familiar, no qual deve ser preservada “uma margem de arbítrio, [que] é também uma liberdade emocional”⁴³⁵;

⁴³⁵ Nesse sentido, ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 269 e 324, e SARMENTO, **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 302 e 310-311, este com a ressalva de estar se referindo apenas à liberdade de escolha do empregador no momento de contratação do empregado doméstico, pois tal *standard* “não pode ser empregado para tornar as relações de emprego no âmbito doméstico impenetráveis à forma emancipatória dos direitos humanos, o que legitimaria a plena submissão do trabalhador doméstico aos desígnios e caprichos dos seus patrões, numa lógica perversa, em que ainda ressoam os ecos da escravidão.”

(6) independentemente da natureza da atuação do empregador, haverá uma “reforçada preferência *prima facie*” para o direito fundamental do empregado toda vez que a conduta restritiva do empregador colocar em risco alguma qualidade intrínseca ou existencial do trabalhador, devendo existir, nestes casos, uma justificativa mais intensa do empregador e uma atenta consideração do impacto desproporcional acarretado pelo ato restritivo.

Em qualquer caso, afirmam Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes:

Será sempre essencial perquirir a razão justificadora da restrição ao direito fundamental do trabalhador, e os critérios acima alinhavados concernem à intensidade do ônus argumentativo exigido em cada caso, para dar suporte às medidas restritivas. Nesse passo, a *subordinação jurídica* (capaz de, por si só, reprimir direitos individuais dos empregados) e a *funcionalização da autonomia privada empresarial* (vista apenas como um meio para o cumprimento dos seus *objetivos econômico-patrimoniais*) são dois fatores que, pela sua importância na relação de emprego, sobrecarregam o dever justificador do empregador.⁴³⁶

As diretrizes fixadas por duas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol⁴³⁷ exprimem, a um só tempo, a necessidade de ponderação dos interesses conflitantes em casos de aplicação de direito fundamental não estritamente trabalhista (direito à intimidade, no caso, com respaldo constitucional), e a preservação do núcleo essencial em dignidade desse direito.

A primeira delas (STC 98/2000)⁴³⁸ tratou do caso de instalação de microfones em certos locais de uma empresa, onde já havia câmeras de vídeo, centrando-se a

⁴³⁶ SARMENTO, et. al., **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 95.

⁴³⁷ Referidas por VECCHI, Ipojucan Demétrius Vecchi, **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, p. 123/125, e disponíveis no endereço eletrônico www.tribunalconstitucional.es.

⁴³⁸ Link para a sentença: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/4082> Acesso em 13 nov. 2012. A corte considerou, no caso, que a implicação de sistema de audição e gravação não atende ao princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima que regem a modulação dos direitos fundamentais e as necessidades próprias do interesse da organização empresarial, pois a finalidade perseguida (incrementar a segurança dos espaços de caixa e roletas, especialmente diante de reclamações de clientes) resultou desproporcionada para o sacrifício que implicou ao direito à intimidade dos trabalhadores e também dos clientes do casino. Isso porque o sistema permite captar comentários privados, tanto dos clientes como dos trabalhadores, absolutamente alheios ao interesse empresarial e, assim, irrelevantes ao controle das obrigações trabalhistas. Considerou a prática uma intromissão ilegítima ao direito de intimidade consagrado no art. 18.1 da CE. Ponderou que, embora já tenha afirmado que os fatos vinculados às relações sociais e profissionais em que o trabalhador desempenha sua atividade não se integram, em princípio, na esfera privada da pessoa (SSTC 180/1987, de 12 de novembro, FJ 4; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7 e 202/1999, de 8 de novembro, FJ 2; ATC 30/1998, de 28 de janeiro, FJ 2), não é menos verdadeiro que também já enfatizou que essa afirmação inicial assinalando que não cabe ignorar que, mediante uma análise detalhada e conjunto

discussão em torno do conflito entre o direito à intimidade dos empregados e o poder de comando do empregador. Fixou os seguintes parâmetros, com respaldo em doutrinas assentadas em decisões anteriores:

(i) o direito à intimidade, enquanto uma derivação da dignidade, implica “a existência de um âmbito próprio e reservado em frente à ação e o conhecimento dos demais, necessário, segundo as pautas de nossa cultura, para manter uma qualidade mínima da vida humana”;

(ii) o direito à intimidade não é absoluto, como não o é nenhum dos direitos fundamentais, podendo ceder ante interesses constitucionalmente relevantes, sempre que o recorte que precise experimentar revele-se como necessário para conseguir o fim legítimo previsto, proporcionado para atingi-lo e, em todo caso, seja respeitado o conteúdo essencial do direito;

(iii) a celebração do contrato de trabalho não implica privar o trabalhador dos direitos reconhecidos pela Constituição;

(iv) os equilíbrios e limitações recíprocos que derivam para ambas as partes do contrato de trabalho supõem que também as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo que as restrições a estes somente podem derivar de necessidade imposta pela natureza do trabalho contratado, de uma justificada necessidade ou interesse empresarial, mediante juízo de proporcionalidade;

(v) a mera utilidade da restrição para a empresa não justifica a restrição a um direito fundamental, pois a limitação, para ser legítima, deve ser imprescindível para a tutela de interesses empresariais constitucionalmente legítimos, e se existirem outras possibilidades de satisfazer o interesse da empresa, menos agressivas ao direito em questão, terão que ser empregadas, prioritariamente.

desses fatos, é factível em ocasiões acessar informações atinentes à vida íntima e familiar do trabalhador (SSTC 142/1993, FJ 8 e 202/1999, FJ 2), que podem resultar lesivas do direito à intimidade pessoal protegido pelo art. 18.1 CE.

A outra decisão (STC 196/2004)⁴³⁹ tratou, de igual forma, de conflito entre o direito à intimidade e o poder empregatício no caso da despedida de uma trabalhadora após ter sido flagrada em exame de urina por uso de maconha e considerada não apta ao trabalho pelo setor médico. Além dos parâmetros fixados na STC 98/2000, já vistos, outros foram fixados:

(i) exames médicos supõem afetação de uma esfera da vida privada da pessoa, e devem encontrar um amparo legal, um consentimento eficaz ou uma justificativa constitucional para sua realização, não podendo servir de instrumento empresarial para controle da saúde dos trabalhadores, de sua capacidade profissional ou aptidão psicofísica, com o propósito de seleção de pessoal, manutenção dos postos de trabalho ou equivalentes, mas devem ter por finalidade a própria proteção da saúde dos trabalhadores, bem assim a avaliação ou identificação de patologias ou condições de saúde que impliquem alguma contraindicação específica para o trabalho, ou seja, “a regra é a conformidade livre, voluntária e informada do trabalhador para a vigilância e proteção de sua saúde em frente aos riscos do trabalho”;

(ii) a vulneração dos direitos fundamentais não está condicionada à ocorrência de dolo ou culpa do sujeito ativo, à indagação sobre fatores psicológicos e subjetivos de árdua aferição, o que induz à irrelevância do elemento intencional, bastando constatar a presença de um nexo de causalidade adequado entre o comportamento antijurídico e o resultado lesivo proibido pela norma;

(iii) o ato de livre determinação que autoriza uma intervenção sobre aspectos da intimidade pessoal, para ser eficaz, exige que o trabalhador seja expressamente informado das provas médicas especialmente invasoras de sua intimidade; assim, somente um consentimento informado do trabalhador, com a ampla garantia de sua

⁴³⁹ Link para sentença: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/5201> Acesso em: 13 nov. 2012. Para a Corte, neste caso, a conduta ilegítima do empregador foi proceder ao exame sem prévia ciência e autorização da empregada, e também porque não ficou comprovada razoável justificativa decorrente do risco inerente ao trabalho considerado o cargo ocupado pela trabalhadora (art. 22.1 LPRL). Não socorre o interesse patronal em conhecer o estado psicofísico de seus trabalhadores, pois tal interesse, fundamentou, nem inspira a configuração legal dos reconhecimentos médicos de vigilância da saúde no trabalho, nem pode conformar, de maneira genérica e indiscriminada, uma suficiente justificativa para a invasão de âmbitos da esfera íntima dos trabalhadores.

liberdade real de manifestação da vontade, pode justificar a utilização de exames pela empresa, e ainda assim, exclusivamente para os fins constitucionalmente legítimos e consentidos pelo trabalhador.

A questão do consentimento do empregado deve ser vista com maiores reservas, do que tratará, especificamente, o próximo item do presente trabalho, mas é certo que as premissas adotadas para a resolução dos casos analisados podem ser aplicadas, sem restrição, ao direito brasileiro, em especial ao conflito examinado neste estudo, porque preservam a sistemática da ponderação: parte-se de uma análise dos interesses em conflito segundo um juízo de proporcionalidade, preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais, para, em seguida, decidir sobre o grau de eficácia destes direitos e de suas restrições no caso examinado.

As restrições de direitos fundamentais dos trabalhadores, em particular o direito à intimidade e à vida privada, cujos limites reservados ao conhecimento alheio cabem apenas ao indivíduo dimensionar, somente são possíveis quanto conflitarem com interesses empresariais dignos de tutela, acompanhados de uma forte justificação, como nos casos motivados pela segurança pública, como já se disse, ou impostos pelas contingências da função exercida ou pelo poder de organização e direcionamento do processo produtivo.

É necessário, também, retirar do mesmo patamar as liberdades pessoais e as chamadas “liberdades econômicas”, estas últimas fundadas no direito de propriedade e na liberdade contratual.⁴⁴⁰

Ferrajoli afirma o equívoco dos liberais de valorizar o direito de propriedade com a mesma intensidade com que se tomam as liberdades, e também dos marxistas de desvalorizar as liberdades por considerarem-nas desacreditadas como “direitos burgueses”⁴⁴¹ do mesmo plano que a propriedade. Sustenta que:

⁴⁴⁰ É por isso que a propriedade, o contrato e a livre iniciativa devem atender a sua função social (artigos 5º, XXIII; 170, *caput*, 186 e 1º, IV, CF), porque eles, isoladamente considerados, são valores contemporaneamente considerados mesquinhos. Há quem entenda, inclusive, que as teorias fundantes do poder diretivo devam ser revistas, porque não se pode aceitar que a propriedade dos meios de produção justifique a violação de direitos fundamentais dos indivíduos (OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Direito à intimidade e à privacidade: e-mail do empregado. **Revista Justiça do Trabalho**, n. 233, maio de 2003, p. 44).

⁴⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 45.

*(...) derechos de libertad, autonomía contractual y derecho de propiedad son derechos diferentes no sólo desde el punto de vista estructural, sino también porque corresponden a sistemas sociales y políticos diferentes y en todo o caso independientes. Para empezar, los derechos de libertad no tienen nada que ver con el mercado, que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de las democracias de nuestro siglo. Además estos derechos se encuentran virtualmente en conflicto no solamente con el Estado sino incluso con el mercado: no es posible alienar la propia libertad personal, al igual que no es posible vender el propio voto. Los derechos de libertad, como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados.*⁴⁴²

Muito se falou nos capítulos anteriores sobre a condição de vulnerabilidade a que está submetido o empregado nestes tempos de profundas transformações tecnológicas e de reestruturação do modo de produção capitalista. Neste contexto, a compreensão das diferenças existentes entre as liberdades pessoais e as liberdades econômicas é essencial, pois “abre espaço para que seja percebida a importância da imprescindibilidade da defesa de uma eficácia integral dos direitos fundamentais de todas as dimensões em todas as relações, públicas e privadas, como estratégia para enfrentar as graves questões postas por um mundo que tem se apresentado hostil aos mais vulneráveis.”⁴⁴³ Se há uma supremacia fática do empregador na relação de emprego, também é certo que a magnitude axiológica do direito fundamental à intimidade do empregado eleva-se diante do direito de propriedade e da autonomia privada, valores que somente podem assumir um patamar de conflituosidade razoável quando agregados de sua função social. Esta qualidade é que permitirá, no processo de ponderação de interesses, aferir uma suficiente e forte justificação para a conduta restritiva do empregador.

Um caso concreto pode ilustrar a problemática e pode, ainda, induzir a uma solução, porque, de um lado, provoca uma pronta convicção de que a conduta tomada pelo empregador, na hipótese, reduziu a um patamar nulo a intimidade do empregado, e de outro, aceita a assertiva de que não há ponderação razoável no caso porque, mais do que a ofensa da intimidade, a exposição feriu de morte o reduto mais

⁴⁴² FERRAJOLI, **Derechos y garantías**, p. 45, 101 e 103.

⁴⁴³ VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego**. Revista do TST. Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011, p. 123.

indevassável do ser humano, a dignidade. Trata-se do caso das instalações de câmeras em banheiros, que, na específica hipótese concreta examinada⁴⁴⁴, decorreu da suspeita de que o entorno privado deste ambiente facilitava o desvio de mercadorias. Não há, na hipótese, dentre os fundamentos do poder diretivo, seja a propriedade, seja a empresa como instituição, qualquer elemento que conduza a um conflito razoável de direitos.⁴⁴⁵ Como observa Ana Paula de Barcellos, “há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são.”⁴⁴⁶

Outra hipótese retrata, de igual forma, a ausência de uma justificativa razoável para a restrição do direito à intimidade do empregado. Trata-se do pedido de indenização formulado por um bancário que, no desempenho de suas atividades profissionais, teve sua conta corrente acessada pelo próprio empregador, que pretendia verificar se o fluxo das filas de caixa estaria sendo comprometido pela utilização do caixa em operações bancárias pessoais do empregado. A decisão expôs que o sigilo bancário é uma das expressões do direito fundamental à intimidade e à vida privada e, nesta linha, ausente a suspeita de qualquer atividade criminosa e respectiva autorização de acesso pela autoridade competente (ressalva do art. 1º, § 3º, da Lei Complementar nº 105/2001), não poderia o empregador Banco examinar as operações bancárias do empregado.⁴⁴⁷ Não houve, neste caso, um suficiente grau de

⁴⁴⁴ Dentre outros, TST-AIRR - 192640-84.2003.5.03.0044 (DJ 22/03/2005). Outra hipótese, semelhante, é a de instalação de portas transparentes nos sanitários, colocadas com o intuito de controlar o tempo de uso dos banheiros pelos operadores de uma grande empresa de telecomunicações. Na decisão, o TST pontuou que a empresa praticou ato lesivo à honra e à dignidade da empregada, “por excessos cometidos no poder de mando, quando impôs restrições à utilização dos sanitários e não disponibilizou instalações adequadas para que os empregados possam satisfazer suas necessidades.” (TST-RR-102-66.2010.5.09.0011, DEJT 19/10/2012).

⁴⁴⁵ Não implica considerar, com isso, que a dignidade da pessoa humana seja um superprincípio, infenso à ponderação, porque isso implicaria esvaziar sua força normativa e desconsiderar que o confronto pode compreender direitos de igual ou superior magnitude nas conjunturas próprias de cada caso.

⁴⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243-244.

⁴⁴⁷ TRT/PR/RO 29448-2010-001-09-00-2 (DEJT 15.05.2012).

justificação da conduta do empregador, mostrando-se a medida, em todas as nuances da proporcionalidade, inadequada, desnecessária e desproporcional.

Por fim, deve-se lembrar de que mesmo sendo assimétrica a relação de emprego, a ponderação de um determinado conflito pode envolver a própria concordância do empregado com a restrição de seu direito à intimidade. Esta é a questão que se levanta: poderá o empregado despir-se de direito fundamental pela manifestação de sua autonomia privada? É possível ao trabalhador, enquanto juridicamente subordinado no espaço privado, exercer livremente a opção de renúncia ao direito à intimidade, ainda que temporária e limitada por condicionantes específicas?

A indagação anuncia conflitos entre o direito fundamental e o exercício da liberdade econômica e da livre iniciativa dos empregadores, e sua resposta, considerados os momentos de celebração e de execução do contrato de trabalho, norteia o tópico seguinte, centrado no valor atribuível ao consentimento do empregado, como elemento ponderável na resolução do conflito.

3.4 Defesa da intimidade e possibilidade de autodeterminação pelo trabalhador

No âmbito subjetivo do direito há uma esfera de disponibilidade relativa, onde se situa a autodeterminação do indivíduo, situação que consubstancia, em última análise, a renúncia (que apenas pode ser pontual e temporária, contudo) e a limitação voluntária. Sandra Lia Simón⁴⁴⁸ assevera que o traço distintivo entre a renúncia e a limitação voluntária de direitos é o seu caráter temporal, vinculado a uma situação determinada e não sendo válido para situações diversas daquelas em que foi admitido. No mesmo sentido Paulo José da Costa Júnior, para quem o consentimento deve ter um fim determinado, exige observância às limitações exatas em que for

⁴⁴⁸ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 83-84.

expresso e não poderá ser utilizado por pessoas estranhas às quais tenha sido dado.⁴⁴⁹

A complexidade reside, precisamente, em identificar situações que desafiam a proteção jurídica, por ter subjacente uma posição de sujeição do indivíduo, daquelas em que o ato de disposição do direito próprio é expressão de sua autonomia. Esta liberdade deve ser concebida como um instrumento de colaboração entre as pessoas, com o justo equilíbrio entre a liberdade de contratação e o respeito à dignidade que, de um lado, ela própria expressa, e, de outro, que ela deve respeitar.

Neste contexto, qualquer ato de disposição manifestado no bojo de uma relação jurídica de poder, como se verifica na relação de emprego, deve ser visto com reservas e sob a acepção primeira de que não é dado à pessoa, tampouco ao empregado, despir-se de seus direitos de modo a constituir uma agressão contra si mesmo. As limitações aos seus direitos devem ter como finalidade o livre desenvolvimento de sua personalidade de acordo com valores éticos.

A possibilidade de renúncia do titular do direito à intimidade foi abordada por Roxana Borges⁴⁵⁰, para quem a proteção constitucional da intimidade não implica vedação à sua disposição, relativamente, pelo sujeito, o que tem ocorrido com considerável frequência nos dias atuais, “não apenas no que tange à permissão de acesso à intimidade como também à autorização para divulgação da intimidade das pessoas.” Para Américo Bedê Freire Júnior⁴⁵¹ exemplos de renúncia à intimidade ocorrem quando o usuário da Internet utiliza as chamadas salas de bate-papo⁴⁵², ou quando o e-mail é direcionado para determinadas comunidades, ou mesmo na

⁴⁴⁹ Menciona, como exemplos, o consentimento emprestado para que um fotógrafo exponha um retrato em sua vitrine não autoriza a reprodução deste mesmo retrato em cartões postais, e se determinado ator houver consentido na difusão de sua fotografia para a publicidade de um filme no qual tenha sido protagonista, será abusiva sua utilização na publicidade de um laxativo (cf. decisão do Tribunal de Apelação de Milão de 21.7.1933). COSTA JÚNIOR, **O direito de estar só**, p. 54.

⁴⁵⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166.

⁴⁵¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Restrição a direitos fundamentais**: a questão da interceptação de e-mail e a reserva de jurisdição. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/420/337> Acesso em 02.05.2012.

⁴⁵² A propósito do teor público destes conteúdos, decisões do STJ HC 18116/SP e STF HC 84561/PR, embora, na hipótese, tenha havido decisão judicial autorizando a interceptação.

utilização de sites de relacionamento (a exemplo de orkut⁴⁵³, facebook, etc.). Para ele, “tratam-se de hipóteses restritas em que é possível a interceptação sem ordem judicial.”⁴⁵⁴

José Antônio Peres Gediél, ao tratar da irrenunciabilidade a direitos da personalidade do trabalhador, bem lembra que a fundamentalidade dos direitos da personalidade não decorre apenas de sua elevação a nível constitucional, mas também, e sobretudo, da “indissociabilidade entre os bens tutelados e o sujeito titular ou ocupante de determinada posição jurídica.”⁴⁵⁵

Examinando-se a faculdade de disposição da própria intimidade, ou de outro viés, a irrenunciabilidade do direito à intimidade, pondera-se que o titular do direito pode não exercer o direito de zelar pela própria intimidade, como não há como resguardar a intimidade de quem dela queira expor, porque decorre da exclusividade do titular, mas não se poderá renunciar ao poder do exercício deste direito, salvo disposição de lei autorizadora, conforme expressão do art. 11 do Código Civil Brasileiro: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Neste sentido, bem expressa Edson Ferreira da Silva: “Não se pode dispor em caráter definitivo – e irrevogável – de um bem (o resguardo da própria intimidade) que constitui condição indispensável de existência digna da pessoa humana e de desenvolvimento saudável da personalidade”,⁴⁵⁶ para quem a

⁴⁵³ Mencione-se, para ilustrar, um julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (RO 34344-2008-016-09-00-4, DEJT 24.08.2010). Em audiência, arguiu-se a contradita de uma das testemunhas ao argumento de ela ter mantido com o autor da ação uma conversa no site de relacionamento “orkut”, acertando que iriam ao escritório de advocacia patrocinador de ambas as ações para “combinar o que falar e tudo o mais.” A suspeição reconhecida em primeiro grau (art. 405, § 3.º, do CPC) foi mantida em segundo, reconhecendo-se a imprestabilidade do depoimento pelo intuito de favorecimento recíproco. Embora alheio ao objeto da presente pesquisa e à área do conhecimento em que é desenvolvida, há um dado interessante nesta situação: o sentimento de surpresa que as pessoas ainda mostram ao se depararem com o conhecimento público de uma informação veiculada em redes sociais de acesso irrestrito, como se o isolamento do ambiente em que a informação foi postada a acompanhasse.

⁴⁵⁴ FREIRE JÚNIOR, **Restrição a direitos fundamentais**, op. cit.

⁴⁵⁵ GEDIÉL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 151.

⁴⁵⁶ SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2003, p. 63.

impossibilidade de renúncia decorre do “caráter de direito fundamental e, ainda que não expressa em lei, deve ser havida como regra, somente afastável em face de expressa disposição em contrário”⁴⁵⁷.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink comentam que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha “conhece tanto a indisponibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais como a possibilidade de o particular influenciar a ação do Estado mediante declarações de concordância ou de consentimento”⁴⁵⁸, acrescentando que não se pode renunciar à dignidade humana incluindo o conteúdo de dignidade humana de outros direitos fundamentais, exemplificando que o cidadão não pode renunciar ao seu direito de voto e ao exercício secreto deste.⁴⁵⁹

A possibilidade de renúncia a direitos fundamentais da personalidade pelo trabalhador, ao celebrar o contrato de trabalho, e durante sua execução, adverte José Antônio Peres Gediel⁴⁶⁰, “embora possa ser iniciada sob a ótica dos direitos da personalidade, ganha tonalidade própria e complexidade ao entrar em contato com a doutrina juslaboralista que mantém, ainda hoje, a clivagem conceitual e abstrata que distingue o trabalhador, sujeito da relação contratual, do trabalho, objeto dessa mesma relação. A permanência da diversidade de percepção de idênticos fenômenos – sujeito, trabalho e contrato – pelas disciplinas jurídicas decorre, em grande parte, da racionalidade científica moderna que delimitou objetos dessas disciplinas e atribuiu à normatividade jurídica a função de instrumento de regulação social, por excelência.”

As crises de mercado, na sociedade capitalista, aliadas à insuficiência do modelo de regulação jurídica para situações mesmo delas decorrentes, fomentaram o desenvolvimento de um novo modelo jurídico, mais voltado para a proteção de valores extrapatrimoniais do indivíduo, como sinalizam os direitos da personalidade. José Antonio Peres Gediel lembra que o Direito do Trabalho, para cumprir sua função institucional, buscou do Direito Privado o instrumento jurídico do contrato “e focou o

⁴⁵⁷ SILVA, **Direito à intimidade**, p. 63.

⁴⁵⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

⁴⁵⁹ PIEROTH, et. al, **Direitos fundamentais**, p. 92.

⁴⁶⁰ GEDIEL, **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**, p. 153.

trabalho, principalmente, como objeto de uma operação econômica e como objeto da relação jurídica contratualizada.”⁴⁶¹

Nesta perspectiva⁴⁶², sinaliza, “a figura do trabalhador só tem relevância na qualidade de sujeito titular de um bem com valor econômico, sendo dotado de liberdade para firmar contrato e transferir a titularidade de sua força de trabalho.”⁴⁶³ Que, todavia, após o exercício desta liberdade contratual, o trabalhador reveste-se da qualidade de empregado juridicamente subordinado e, nesta condição, torna “socialmente legítima a transferência de seu trabalho ao empregador.”⁴⁶⁴ Nesse mesmo sentido, Ricardo Marcelo Fonseca sustenta que:

A moldagem contratual para as relações de trabalho – que transforma o trabalhador em ‘sujeito de direito’, de modo a atribuir um vínculo jurídico-formal, e não mais pessoal ao seu empregador – apareceu justamente com o propósito de substituir a dominação direta daquele de trabalha, as formas de controle, violência e opressão nas relações com o patrão, pela fria e regulamentada dominação legal. O propósito do Direito do Trabalho – enquanto nova forma privilegiada de estipular as relações entre trabalhador e patrão – foi substituir a violência privada (que sempre marcou as relações de trabalho no Brasil) pela dominação legal.⁴⁶⁵

José Antônio Peres Gediel, nesta linha, vislumbra que “a importância do trabalho para a economia de mercado aliada ao modelo positivista das disciplinas jurídicas imprimiram ao Direito do Trabalho um caráter instrumental e patrimonialista, que dificulta, sobremaneira, o trânsito dos direitos da personalidade nas relações contratuais (...).”⁴⁶⁶

⁴⁶¹ GEDIEL, **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**, p. 154.

⁴⁶² Sob a vertente liberal do Direito do Trabalho, a pactuação das condições de trabalho no ato da constituição do contrato de trabalho é um direito subjetivo, ao passo que na execução, quanto à especificação do comportamento devido pelo empregado, é um direito potestativo. Tal acepção revela um “elogio ao individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista e que foi sua marca ideológica mais forte no período do liberalismo clássico, enquanto um verdadeiro despotismo de fábrica.” Cf. COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: Ltr, 1999, p. 93.

⁴⁶³ GEDIEL, **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**, p. 154.

⁴⁶⁴ GEDIEL, op. cit, p. 154.

⁴⁶⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**. Do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 133-134.

⁴⁶⁶ Acentua que “Por isso, os movimentos de humanização, repersonalização e ressocialização do Direito Privado, que deram lugar ao aparecimento de legislações nitidamente voltadas à tutela dos sujeitos envolvidos em relações patrimoniais e não-patrimoniais, apenas começam a se comunicar com a doutrina juslaboralista.” GEDIEL, op. cit., p. 155.

A ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, todavia, ao fundar a República nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e ao elevar os direitos da personalidade e os direitos sociais dos trabalhadores a patamar de direitos fundamentais, delineou, “emblematicamente, a um só tempo, a indissociabilidade das dimensões do humano vivendo em sociedade: o cidadão livre no espaço público e o trabalhador juridicamente subordinado no espaço privado.”⁴⁶⁷

José Antônio Peres Gediel firma posição no sentido da irrenunciabilidade do direito fundamental. Pondera, inicialmente, não haver dúvidas quanto à desvantagem material da posição assumida pelo trabalhador da relação jurídica de trabalho, apesar de esta firmar-se entre entes privados, formalmente iguais. Para o autor, essa desigualdade material determina, também, a forma contratual de regulação privada do trabalho, “resultando em contratos pré-elaborados ou por adesão, em que aspectos referentes à atividade laboral vinculados à personalidade do trabalhador não são levados em consideração.”⁴⁶⁸ Socorre-se dos conceitos de ordem pública e paz social radicados no Direito Administrativo e Constitucional, e da alteração axiológica e metodológica promovida pela “ação pedagógica” dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Cf. GEDIEL, **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**, p. 156.

⁴⁶⁸ GEDIEL, **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**, p. 160.

⁴⁶⁹ Nesta linha, menciona decisão do Tribunal Constitucional Espanhol ao julgar o confronto entre a liberdade de expressão e os deveres contratuais do trabalhador, concluindo pela ineficácia das restrições a esses direitos e pela nulidade da despedida que tenha por finalidade restringir o exercício de direito fundamental do cidadão e, por conseguinte, do trabalhador: “*En la Sentencia de 19 de Julio de 1985, el Tribunal otorgó el amparo a un médico de un centro psiquiátrico que, en un programa de televisión, había llevado a cabo una dura crítica contra la psiquiatría asistencial en Galicia, y en concreto contra la gestión del sanatorio psiquiátrico donde prestaba su servicio. La raíz del programa el médico fue despedido; la Magistratura de Trabajo competente consideró el despido improcedente, y condenó al centro a readmitir al médico o a indemnizarle. El Tribunal otorgó el amparo al médico, el reconoció su derecho a la libertad de expresión, anuló la Sentencia de la Magistratura declarando que el despido fue nulo con nulidad radical, y obligó a readmitir al recurrente en el Sanatorio psiquiátrico donde prestaba sus servicios. en las mismas condiciones que lo venía haciendo. El Tribunal vuelve a hacer referencia aquí al límite del art. 7º CC, para las libertades de expresión y de información en el marco de las relaciones laborales. Ni la Magistratura de Trabajo ni el Tribunal Supremo consideraron que el recurrente en amparo había transgredido el deber de lealtad a la empresa y la buena fe contractual, sino que ejerció una crítica genérica y específica del sistema asistencial psiquiátrico. Lo interesante de la resolución del tribunal Constitucional es que no se satisfacía el lesionado derecho fundamental del recurrente a expresar libremente su opinión, con declarar simplemente que el despido era improcedente, sino que había que declararlo: “nulo con nulidad radical, que es el tipo de ineficacia predicable de todos los despidos vulneradores o lesivos de un derecho fundamental.”*”

Desconoce, quien estas líneas escribe, la trascendencia que ha podido tener esta resolución en el Derecho laboral. Indudablemente, fortalece la eficacia de los derechos fundamentales, pero es difícil

Para o autor⁴⁷⁰, “a observância dos direitos fundamentais nos contratos de trabalho se torna dificultada pela condição fática de desvantagem econômica do trabalhador, subjacente à relação jurídica e, diante disso, o mero consentimento do empregado destinado à renúncia ao exercício temporário de direitos fundamentais não pode ser, normalmente, aceito como renúncia.”⁴⁷¹ E acrescenta que “Os direitos fundamentais interferem na autonomia privada e tornam ofensivas à dignidade e lesivas aos direitos de personalidade do trabalhador todas as exigências contratuais ou pré-contratuais, que extrapolem a exata finalidade e os limites da operação econômica e venham a atingir o núcleo da pessoa.”⁴⁷²

Sobre o tema, Daniel Sarmento lembra que nas relações privadas deve ser observado se a lesão a um direito fundamental decorre de uma decisão heterônoma do outro agente presente na relação, caso em que está em pauta apenas a autonomia privada deste, ou se há a concordância do afetado no ato da lesão, situação que implica investigar a autonomia privada de ambas as partes. Para o autor, estas são questões que devem ser consideradas na ponderação, que surgem, especialmente, em relações paritárias onde se presume a liberdade real das partes. Nas relações

saber cómo puede funcionar esto en la práctica (empleador y empleado en una situación de incompatibilidad)." (ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública). Madrid: Civitas, 1994. p. 194-195). *Apud* GEDIEL, **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**, p. 160/161.

A jurisprudência do Canadá também registra oscilação de entendimento quanto à extensão da renúncia a direitos fundamentais, como expressa a decisão que entendeu ser lícita a determinação da residência de um empregado durante a vigência do contrato de trabalho, em negativa de aplicação da Carta dos Direitos e Liberdades da Pessoa em vigor desde 1976: *Le présent litige soulève la légalité et la validité d'une politique d'embauche adoptée par la défenderesse el qui exige, de la part de tout nouvel employé permanent, l'engagement contractuel de maintenir sa résidence dans les limites territoriales de la municipalité pendant toute la durée de l'emploi. (...) Le Tribunal, outre ses propres conclusions, peut cenes invoquer ce précédent pour conclure, comme l'a fait la Cour d'Appel du Nouveau-Brunswick, que la charte canadienne des droits n'a pas d'application. La preuve, ici comme au Nouveau-Brunswick, n'a révélé aucune intention de discriminer de la part des autorités municipales intimées. Pour ces motifs le Tribunal rejette l'action de la demanderesse, avec dépens. (CANADA. Cour supérieure. DROITS ET LIBERTES - travail - municipal (droit) - résidence obligatoire dans la ville de l'employeur. Appel n° 500-09-000549-899. Michèle Godbout c. Ville de Longueuil ct Procureur General du Québec).*

⁴⁷⁰ GEDIEL, **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**, p. 161.

⁴⁷¹ Nesse sentido outra decisão da Comissão dos Direitos da Pessoa e dos Direitos da Juventude do Quebec, julgando ineficaz uma cláusula que determinada a fixação da residência de um empregado em determinada cidade, por considera-la ofensiva ao direito ao respeito à vida privada (*Document adopté à la 440 séance de la Commission tenue le 16 avril 1999, par sa résolution, COM-440-5.1.1. Filature surveillance des salariés absents pour raison de santé: conformité à la charte, par Me Michel Coutu, Conseiller Juridique. p. 5-6*).

⁴⁷² GEDIEL, op. cit., p. 162.

privadas assimétricas, a vontade quase nunca é autenticamente livre e o consentimento normalmente decorre de condicionamentos heterônomos. Além disso, pontua o autor:

(...) a renúncia ao exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo. Por mais livre que seja o agente, a ordem jurídica não admite que ele se submeta voluntariamente a situações que atentem contra a sua humanidade. Assim, mesmo em relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao núcleo essencial dos seus direitos fundamentais, nem tampouco à sua dignidade como pessoa humana, que são considerados irrenunciáveis.⁴⁷³

A propósito desta inalienabilidade, cabe transcrever, ainda, a lição de Antonio-Luis Martínez-Pujalte:

*En efecto, ahora de lo que se trata no es tanto de defender los derechos frente al Estado, que en el caso de la 'libertad de los modernos', o derechos de la primera generación, sino de defender los frente al mercado, e incluso frente a la propia voluntad individual del sujeto de los mismos. A mi juicio, la reivindicación de la inalienabilidad como nota esencial de los derechos humanos resulta de una radical importancia. Se trata en definitiva de, frente a la escisión entre derecho y deber característica de la tradición moderna, recuperar nuevamente la dimensión del deber como íntimamente ligada a la titularidad del derecho; de sustituir la noción puramente voluntarista y 'judicialista' de los derechos humanos que predomina en el positivismo jurídico – para el que los derechos humanos aparecen ante todo como títulos de acción judicial o pretensiones ejercitables ante los Tribunales – por el sujeto de los mismos: como "claims" – por una noción más completa, que permita contemplar la auténtica dimensión moral de los derechos: bienes de la persona que ésta se ve obligado a respetar, y no sólo facultado a exigir su respeto.*⁴⁷⁴

Segundo o posicionamento de Bruno Lewicki, foi justamente a crença “quase religiosa” do Direito Civil oitocentista na autonomia da vontade um dos elementos que contribuiu para a cisão responsável pelo surgimento do Direito do Trabalho, e que, pela condição de trabalhador subordinado, seria ilegítimo pretender validar a “concordância” relativamente às cláusulas restritivas de privacidade, “apresentando-a como uma normal manifestação da vontade, justamente daquele a quem não é dada outra escolha senão aderir.”⁴⁷⁵ Acrescenta que o jurista não poderá basear a ponderação entre o exercício do poder de direção do empregado e a privacidade do

⁴⁷³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 311-323.

⁴⁷⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. Los derechos humanos como derechos inalienables. In: BALLESTEROS, Jesús. **Derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 86.

⁴⁷⁵ LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 221.

trabalhador em uma pretensa anuência deste último, em privilégio de uma autonomia de vontade incompatível com a legalidade constitucional.⁴⁷⁶

Nesta perspectiva, forma-se uma presunção – ou preferência *prima facie* pela irrenunciabilidade – de que o empregado, sob as inflexões da deturpação do poder de subordinar, não é capaz de, livremente, autodeterminar os limites de sua intimidade e vida privada no ambiente de trabalho.⁴⁷⁷

Em se cuidando de examinar a autonomia de vontade merece destaque outro elemento essencial para dizer da efetiva liberdade de escolha, ou de que monta o indivíduo trabalhador tem opção “livre” para embasar suas ações, desejos, impulsos, volições e se lhe resta alternativa de insurgir-se a estados insatisfatórios diante de suas *necessidades*, para, das necessidades humanas se encontrar o direito como primado.

Por que vivenciamos a esta quadra de desenvolvimento, o encontro com situações de trabalho sob condições análogas à de escravo, da submissão de tantos que trabalham em condições insalubres e ao tema em exercício, por que tais trabalhadores permitem violações em sua vida privada, previamente concordando com a varredura do empregador em sua correspondência eletrônica, assinando previamente comprovantes de pagamento de salários e outros direitos, enfim, as mais diversas formas de submissão? Necessidade?

Sobre as necessidades humanas, Miracy B. S. Gustin⁴⁷⁸ inicia por diferenciar as *necessidades humanas básicas* dos *interesses e desejos*, em que estes, os

⁴⁷⁶ LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 203.

⁴⁷⁷ Rogério Magnus Varela Gonçalves pontua que “se houver uma relação jurídica privada de poder, ocasião em que um dos particulares exerce sobre o outro uma incontestada superioridade, há de se aplicar – como forma de desfazimento da disparidade – imediatamente os direitos de índole fundamental. A aplicação direta dos direitos em apreço perpetraria um equacionamento da desigual balança negocial. (...) merece destaque a situação do contrato de trabalho, onde é cristalina a fragilidade do empregado em face do empregador e, via de consequência, é premente a incidência de normas protetivas da relação de emprego, bem como a imediata incidência das normas de direitos fundamentais sociais.” GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas**. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1348920>> Acesso em 18 ago. 2012.

⁴⁷⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Minas Gerais: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1999, p. 23.

interesses e desejos “dizem respeito à esfera precípua de volição”⁴⁷⁹, justificando-se por razões individuais, contrariamente às *necessidades* que são generalizáveis e se referem aos constrangimentos e dificuldades “à obtenção ou atingimento de objetivos ou fins específicos que são geralmente aceitos como naturais e/ou morais”⁴⁸⁰, consideradas genericamente são de natureza social e cultural, historicamente determinadas, de tal arte que as *necessidades básicas* são postulados provisórios de um determinado grupo de pessoas, como tal devem ser revistas e reconsideradas “no sentido de estreitar o campo das necessidades básicas e universalizáveis”⁴⁸¹, ou seja, são históricas e inseridas em um contexto social, concluindo-se que individualmente não se dispõe de um ato volitivo, pois não se escolhe necessidades próprias, mas aquelas que vigoram em um determinado espaço e tempo, de uma cultura ou grupo de indivíduos.

A cesta básica padrão não inclui caviar e nem *champagne*, no atual momento, a despeito de eventual desejo volitivo particularizado. A necessidade humana fundamental é a *autonomia*, condição básica que inexistente nas densas massas trabalhadoras, por inexistir espaço de escolhas próprias porque a condição de autonomia é “transcultural e independente da inserção em categorias localizadas e parciais”⁴⁸², cuja condição básica impede que o trabalhador se autodetermine e se emancipe no sentido múltiplo das potencialidades humanas que a final são definidas dentro de um mercado regulatório de todas as coisas segundo as regras de uma lógica que não inclui a *autonomia* do indivíduo trabalhador.

Sobre tais questões não se deve silenciar. A autonomia deve ser compreendida no ambiente da socialidade e para ser desenvolvida depende da contraposição discursiva, de forma dialógica quando *um* e *outro* são capazes de justificar suas opções e as formas de ação perante o *outro* com as regras prevaletentes da mesma cultura ou grupo.

⁴⁷⁹ GUSTIN, **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito.**, p. 23

⁴⁸⁰ Idem, Ibidem, p. 23.

⁴⁸¹ Idem, Ibidem, p. 24-25.

⁴⁸² Idem, Ibidem, p. 31.

Em Miracy Gustin, “Ser autônomo é *saber* que se está agindo com um caráter autônomo em relação aos valores e regras do *outro*”⁴⁸³ e quando se refere à autonomia crítica “desenvolve-se – e nesta acepção é que é própria do humano – tão-somente quando a pessoa é capaz de *justificar* suas opções e as formas escolhidas para orientar sua vida perante o *outro* e frente aos valores e regras de seu grupo ou de sua cultura”⁴⁸⁴.

Em termos gerais se responde ao questionamento da sujeição do empregado ao emprego. Não há autonomia e nem liberdade de escolha ao contratar. Ou aceita ou não pode suprir uma necessidade básica e mesmo essa necessidade de sobrevivência que é comum a todos os seres vivos, “no ser humano é constrangida pelas determinações socioculturais e temporais”.⁴⁸⁵

Uma ponderação é importante, contudo. Em certas hipóteses a autodeterminação não é própria do empregado, nem do empregador, mas cede ao interesse da coletividade. É o caso de produtos sob comércio restrito e que

⁴⁸³ GUSTIN, **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**, p. 31.

⁴⁸⁴ Idem, *Ibidem*, p. 31.

⁴⁸⁵ Segundo Miracy Gustin, “Tradicionalmente, essas necessidades têm sido formuladas sob a forma de quatro suposições teóricas: **1º) Os indivíduos necessitam sobreviver:** a segurança da sobrevivência tem sido enfocada como a mais fundamental de todas as necessidades. Por isso, é considerada como própria e natural a todos os seres vivos, e não somente humanos. Mesmo essa necessidade, genérica a todos os seres vivos, no ser humano é constrangida pelas determinações socioculturais e temporais. Daí a imperiosidade de sua decodificação no sentido histórico para apreensão de especificidades. **2º) Os indivíduos dependem de integração societária:** as pessoas necessitam trocar experiências, relacionar-se e participar de uma alocação social de bens e serviços que seja distributiva e justa. Essa é uma característica que se opõe à condição do indivíduo só ou segregado. Também outros seres vivos vivem e relacionam-se em comunidades ou sociedades estruturadas a partir de regras de convivência. A integração societária, apesar de sua generalização a todos os seres humanos é algo que se constrói historicamente dentro de um corpo de regras diferenciado para cada momento da organização social. **3º) As pessoas necessitam de uma identidade:** há que se individualizar os atores, há que se distinguir os papéis. A alocação de responsabilidade, própria do ser humano, é uma das formas utilizadas para essa individualização. Em certo sentido isso significa atribuição de consciência e a crença de que as ações dos indivíduos decorrem diretamente das escolhas que realizam em determinado contexto social. Suas opções relacionam-se, pois, a razões conscientes que induzem-nos a ações em determinados ambientes socioculturais e segundo os constrangimentos à individualização. **4º) É necessário maximizar as competências coletiva e individual de atividade criativa:** a superação das limitações naturais e ambientais e das diversidades culturais do ser humano só é possível através de sua capacidade criativa. Para que isso se realize é imperioso que o homem se autodetermine e se emancipe no sentido do múltiplo desenvolvimento das potencialidades e possibilidades humanas para a superação das restrições. Nesse sentido, é preciso sustentar um patamar mínimo de progresso humano que permita a atualização e recomposição desse potencial”. GUSTIN, **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**, p. 24.

demandam uma vigilância que, estritamente considerada, não visa proteger o patrimônio do empregador, nem atende a qualquer argumento mercadológico, mas é essencial ao bem-estar e à segurança de todos (como exemplos, mencione-se o trabalho na indústria farmacêutica de drogas controladas, na indústria de armas e munições – o que induz ao paralelo com a vigilância assentida por todos nos aeroportos, em prol da segurança). Há certos valores, assim, que transpõem a dignidade individual, situando a discussão em outro plano, no âmbito do interesse público.⁴⁸⁶

Sem estas contingências, o certo é que nenhum valor econômico sobrepõe-se ao valor do ser humano. Conquanto a ordem jurídica trabalhista, que surgiu na tentativa de conciliar os conflitos entre capital e trabalho, tenha absoluta, indispensável e decisiva importância⁴⁸⁷, é preciso transcender a norma, abstrair sua universalidade e, no terreno dos fatos, na esfera do cotidiano, elevar a dignidade da pessoa e assegurar o primado do trabalho sobre o capital. Isso porque a proteção da norma positivada, muitas vezes, é precarizada pela realidade. Com efeito, na acepção da teoria crítica do Direito, a tese da universalidade não atende as necessidades geradas nas relações concretas, ou seja, o conteúdo ideológico da teoria deixa ao desamparo relações sociais que, de fato, não dispõem do instrumental imprescindível ao alcance dos “bens idealizados”. A realidade impõe, todavia, muitas vezes, a insuficiência da própria norma, a precariedade do próprio “ideal normativo”.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Mesmo em tais casos, todavia, a ponderação deve atender ao critério da necessidade ou exigibilidade próprio do princípio da proporcionalidade, afastando-se excessos não justificáveis. Bruno LEWICKI, nesse sentido, menciona decisão que, apesar de admitir a necessidade da medida em razão do objeto da empresa compreender o manuseio de medicamentos “valiosos”, usou um juízo de ponderação para evidenciar que, no caso, ela foi excessiva: “[O] empregador está obrigado a zelar para que esses medicamentos não sejam objeto de tráfico ilícito, evitando a sua comercialização indiscriminada. Sucede que a revista deverá ser admitida como último recurso para defender o patrimônio empresarial e salvaguardar a segurança dentro da empresa, à falta de outras medidas preventivas: mesmo assim, quando utilizada, deverá respeitar a dignidade do trabalhador, evitando ferir-lhe o direito à intimidade. Se a revista implica no fato de o empregado desnudar-se completamente e ainda ter que caminhar por pequeno percurso, a fiscalização atenta contra o direito à intimidade do empregado e autoriza o pagamento da indenização por dano moral.” (TRT/MG – RO 313/97 – DJ 05.09.1997). LEWICKI, **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, p. 203-204.

⁴⁸⁷ O efeito pedagógico, como justificador da indenização por danos morais, tem cumprido importante papel neste caminho.

⁴⁸⁸ Exemplo disso é a garantia do salário mínimo, expressa no art. 6º, IV, da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental do indivíduo, e idealmente fixado para conferir-lhe vida digna e ser capaz de atender “as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos

A efetividade dos sistemas de garantias jurídicas deve estar acompanhada de outras garantias fomentadas nos ambientes social, econômico e político, assegurando-se o acesso igualitário e não hierarquizado aos bens necessários para viver com dignidade. Como leciona Joaquín Herrera Flores:

Por mais que uma norma (seja o código de trânsito, sejam os textos internacionais de direitos humanos) diga que ‘temos’ os direitos, de pronto nos deparamos com a realidade, com os fatos concretos que vivemos, e o resultado definitivo pode ser bem diferente para uns e outros. Tudo dependerá da situação que cada um ocupe nos processos que facilitam ou dificultam o acesso aos bens materiais e imateriais exigíveis em cada contexto cultural para se alcançar a dignidade. Isso porque a linguagem dos direitos é sempre uma linguagem ‘normativa’ (nunca descritiva). O direito nunca afirma o que é. Sua lógica é de natureza deontica, quer dizer, de ‘dever ser’.⁴⁸⁹

As relações concretas, marcadas pela influência do capitalismo, exigem mais, impõem que se reconheça, efetivamente, a supremacia da pessoa sobre o capital, seja sobre o capital do detentor dos meios produtivos, seja sobre o capital que tem ou de que carece o próprio trabalhador, que não pode, sob quaisquer circunstâncias, ter em suas posses a medida de sua dignidade.

A aceção da dogmática constitucional emancipatória de que trata Clèmerson Merlin Clève⁴⁹⁰, em contraposição aos limites estáticos do mero discurso legitimador e ao perfil normativo de instrumento ideológico de dominação a serviço de grupos hegemônicos do aparato estatal, eleva o homem ao centro da proposição jurídica. Em obra dedicada ao tema, Paulo Ricardo Schier afirma que:

Um Direito emancipatório deve, necessariamente, ter o homem no centro de sua teoria e atuação. Não o homem abstrato da razão universal, mas o homem concreto, historicamente situado em um tempo e lugar, um homem que luta e sofre, e que ‘é’ sujeito, fundamentalmente, não porque se identifica com os discursos do ‘centro’ da cultura (e Dussel nos lembra, sempre, a importância da geografia para a compreensão do saber e do poder), mas um homem da periferia, que é sujeito mesmo quando reconhecido como ‘outro’ (o ser é; e não-ser também é).⁴⁹¹

que lhe preservem o poder aquisitivo.” O ideal normativo, neste caso, é absolutamente desconexo com as próprias garantias que ele pretende assegurar. Por isso, o salário mínimo não pode ser entendido como expressão de um conteúdo mínimo de direitos. Nem a quantificação que ele opera pode ser confundida com as características ínsitas da dignidade do trabalhador.

⁴⁸⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 44.

⁴⁹⁰ Cf. CLÈVE, **Para uma dogmática constitucional emancipatória**.

⁴⁹¹ SCHIER, **Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica**, p. 14.

E adverte, em absoluta simetria com o conteúdo depreciativo imposto à condição de trabalhador exposto neste artigo: “Isso não é pouco no momento em que temos em vista a possibilidade de instauração de um paradigma de Direito em que o sujeito nuclear possa vir a ser o ‘mercado’.”⁴⁹²

Daí a urgente necessidade de potencializar a proteção aos direitos da personalidade do trabalhador nas relações empregatícias, justamente pela maior exposição de seu titular. Ao inserir sua atividade laborativa no âmbito da organização empresarial, o trabalhador, na verdade, agrega outros direitos sem desvincular-se daqueles de que já era detentor.⁴⁹³

A apreensão de Evaristo de Moraes Filho, embora ele próprio reconheça o excesso de otimismo e de idealismo nesta intenção, é apropriada:

Pensam e admitem eles [os economistas, os sociólogos e os filósofos] que nem todos os trabalhos devem necessariamente ser penosos, degradantes e fatigosos. É possível realizá-los numa atmosfera de alegria e de entusiasmo. Pela adequação perfeita do homem à sua tarefa vocacional, compreendendo-o como um ser inteiriço de corpo e mente, sem fragmentarismos de espécie alguma, dando-lhe uma visão total da sua própria obra, tem-se em vista afastar os obstáculos negativos que impedem a alegria no trabalho. Todo trabalhador, escreve Henri de Man, tende para a alegria no trabalho, como todo homem tende para a felicidade. A alegria no trabalho não pode de modo algum para ser favorecida; a única coisa que importa é que não lhe oponham obstáculos.⁴⁹⁴

⁴⁹² SCHIER, **Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica**, p. 14/15.

⁴⁹³ Cf., nesse sentido, ROMITA, **Direitos fundamentais**, p. 2001.

⁴⁹⁴ MORAES FILHO, Evaristo de; FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, p. 21. A referência do jurista à felicidade remete a um recente fenômeno noticiado em matéria jornalística (encarte Valor, inserto no jornal Estado de São Paulo, sob o título “Direito à felicidade”. Edição de 23, 24 e 25 de março de 2012. Ano 12, nº 594). Notícia que alguns tribunais brasileiros, entre eles o Supremo Tribunal Federal, têm utilizado com frequência o argumento da busca do bem-estar para fundamentar suas decisões. Em entrevista, o Ministro Carlos Ayres de Brito afirmou que a felicidade é um conceito implícito em todo o art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, e disse acreditar que no STF “cada vez mais se avultará a compreensão de que existe esta busca de felicidade”, tanto individual quanto coletiva, e, referindo-se à busca do bem-estar da sociedade, disse que “dentro de mim há uma individualidade, mas também uma universalidade. Só que sem o eclipse do ego ninguém se ilumina.” De acordo com a matéria, uma pesquisa feita pelo advogado Saul Tourinho Leal constatou que o direito à felicidade já foi utilizado como fundamento em pelo menos sete casos do STF e em outros quatro no STF. Além da menção em casos individuais, o conceito já foi referido em decisões que podem afetar o bem-estar da coletividade, como naquela que autorizou, em maio de 2008, a pesquisa com células-tronco embrionárias, consideradas fundamentais para o tratamento de pessoas com deficiências físicas. Acentuou, então, o Ministro Ayres Britto: “As pesquisas com células-tronco objetivam o enfrentamento de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional.” Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello, ao dizer que a pesquisa “significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem

E a primeira providência, nesta busca, é o respeito à individualidade do empregado, mesmo inserido no contexto da organização produtiva e independentemente de suas necessidades materiais, de seu salário, de seu grau de instrução. Aceitar esta concepção e ter presente que o esforço empreendido pelo trabalhador neste fim é irrecuperável é indispensável ao reconhecimento empírico do valor que ele nunca deixa de ter, mesmo quando se submete ao comando empregatício.

O desequilíbrio econômico e social das relações trabalhistas induz à precarização do trabalhador enquanto empregado, avultando a possibilidade de desrespeito à dignidade humana, o que impõe, em contrapartida, considerar a eficácia plena deste princípio e sujeitar o empregador à sua observância.

A dignidade humana no contrato de trabalho induz ao primado da pessoa sobre o capital, o que, com frequência, é confrontado com os próprios elementos estruturantes do vínculo de emprego, notadamente a subordinação como seu pressuposto essencial. Tais elementos, todavia, atuam paralelamente sobre sua configuração e o modo de execução dos serviços e não sobre a pessoa, tanto quanto a onerosidade, um deles, não implica impor-lhe um preço e ver, nessa medida, o grau do permissivo para a degradação em proveito da produtividade. Não há, absolutamente, nível de disponibilidade de direitos fundamentais conforme a necessidade, a instrução, a profissão ou o salário de seu titular.

A privacidade do trabalhador, o direito à autodeterminação, o direito de não ser discriminado, à objeção de consciência, à liberdade de expressão, dentre outros, colocam-se, muitas vezes, em inevitável confronto com a lógica capitalista e os valores empresariais. Se a ponderação de princípios em conflito determinará a prevalência em cada caso, também é certo que a relevância dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito das relações trabalhistas consubstancia importante manifestação de uma nova acepção da relação de trabalho, especialmente marcada pelos ideais de empoderamento pessoal do trabalhador e qualidade de vida. Isso

porque o trabalho, enquanto energia vital, é irrecuperável, e, por isso, não pode ser desperdiçada.

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Ministro do STF, ainda quando Ministro do TST, examinando a questão da busca por um ambiente de trabalho efetivamente sadio e livre de abusos de qualquer sorte, já concluía:

A violência ocorre minuto a minuto, enquanto o empregador, violando não só o que contratado, mas, também, o disposto no § 2º, do art. 461 consolidado - preceito imperativo - coloca-se na insustentável posição de exigir trabalho de maior valia, considerando o enquadramento do empregado, e observa contraprestação inferior, o que conflita com a natureza onerosa, sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho e com os princípios de proteção, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé, norteadores do Direito do Trabalho. **Conscientizem-se os empregadores de que a busca do lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e participe da obra que encerra o empreendimento econômico.**⁴⁹⁵ (Grifos acrescentados).

A mudança de postura, no âmbito endógeno das relações trabalhistas, é premente. Talvez não se trate, propriamente, de aceitar a acepção de Daniel Pink⁴⁹⁶, de que “um dos melhores usos que se pode dar ao dinheiro é pagar às pessoas o suficiente para que esse assunto saia da mesa”, mas, a par da contraprestação digna, ver o trabalhador sob uma perspectiva diferente. Vê-lo, no âmbito interno da relação trabalhista, como, efetivamente, o sujeito que empreende sua energia, seu tempo, sua vida em prol do empreendimento econômico alheio e mais, não recebe o plus da mais-valia, da compensação pela expressão do direito vivo.

⁴⁹⁵ Tribunal Superior do Trabalho, 1ª T., Ac. 3.879, RR 7.642/86, 09/11/1987, Rel.: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

⁴⁹⁶ Proposto em sua última obra (*“Drive: The Surprising Truth About What Motivates Us”*), como referido em entrevista ao *Económico*.

CONCLUSÕES

A vida em sociedade, sob a confluência da tecnologia, tem enfraquecido o dogma de que a intimidade permanece entre muros. O mesmo ocorre nas relações de trabalho, onde a exposição do trabalhador intensifica-se, também, a par das inovações tecnológicas, pela confluência das necessidades impostas pelo modo de produção capitalista. A expansão das possibilidades de lucro e do movimento especulativo de capitais impõe redimensionar a posição do indivíduo enquanto legítimo destinatário de direitos fundamentais e como centro da ordem jurídica.

A importância da proteção à intimidade e à vida privada, por ser expressão da personalidade e estar relacionada com o direito à liberdade e à dignidade, é indissociável do indivíduo, alcançando todas as suas relações cotidianas. Admitida sua ampla extensão, assume contornos especiais na relação empregatícia, fundamentalmente marcada pela desigualdade das partes, por uma condição de vulnerabilidade do empregado e pelo poder de direção do empregador, também de matriz constitucional (direito de propriedade inserto no art. 5º, XXII).

A privacidade do trabalhador, o direito à autodeterminação, o direito de não ser discriminado, à objeção de consciência, à liberdade de expressão, dentre outros, colocam-se, muitas vezes, em inevitável confronto com a lógica capitalista e os valores empresariais. Se a ponderação de princípios em conflito determinará a prevalência em cada caso, também é certo que a relevância dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito das relações trabalhistas consubstancia importante manifestação de uma nova aceção da relação de trabalho, especialmente marcada pelos ideais de empoderamento pessoal do trabalhador e qualidade de vida. Isso porque o trabalho, enquanto energia vital, é irrecuperável, e, por isso, não pode ser desperdiçada.

O exercício regular de dirigir a atividade empresarial (art. 2º da CLT) submete-se à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo no respeito ao direito à intimidade do subordinado, ainda que a vigília se faça por artefatos fornecidos e de propriedade do empregador. A transgressão a este direito desnatura o conceito de direção e controle da atividade empresarial, desestabilizando as relações

interpessoais pelo constrangimento que impõem. Acrescentam às sobrecargas naturais do trabalho, a um preço irrecuperável, um encargo muitas vezes insustentável e que, pelo tratamento desairoso que o acompanha, pode degradar a própria sanidade do indivíduo. Tais condutas ofensivas não são atribuíveis, estritamente, às pressões do capitalismo, mas também às pessoas detentoras de poder, e à forma que com ele se relacionam.

O direito à intimidade não pode ser violado em face do exercício particular do poder diretivo subordinante do empregador, pois retira a autonomia que é necessidade humana fundamental. A autonomia depende de ambiente de sociabilidade, de contraposição discursiva, de forma dialógica quando um e outro são capazes de justificar suas opções e as formas de ação perante o outro, com as regras prevalecentes da mesma cultura ou grupo.

As tensões entre o direito à intimidade e o poder diretivo do empregador demandam, em regra, o exame do caso concreto para se aferir a existência de lesão ou não ao direito à intimidade, segundo o parâmetro necessário que se estabelece com o primado da dignidade humana. Diante da contraposição concreta de interesses legítimos, as soluções exigem elevado grau de argumentação, racionalidade e adequação ao comando axiológico da Constituição.

O que se percebe, no universo cotidiano das relações trabalhistas, são, de um lado, ingerências fundadas no poder empregatício que, de certo modo e porque atendidas determinadas condições (especialmente a razoabilidade do meio empregado ao exercício do controle), não chegam a afetar propriamente o direito à intimidade do empregado (nesse caso não haverá, a rigor, conflito), e, de outro, situações que implicam, efetivamente, violações a esse direito. Destas, ou não haverá condizente adverso possível ao conflito – porque o direito de propriedade e a livre iniciativa, quando puramente fundados na liberdade econômica e sem as nuances de sua função social (arts. 1º, IV, 5º, XXIII, 170, *caput*, e 186 da Constituição Federal), não estão no mesmo patamar das liberdades pessoais – fazendo prevalecer à proteção ao direito fundamental (informado pela dignidade da pessoa), ou, então, tratar-se-á propriamente de conflito, quando a contraposição encontrar, do outro lado, um elevado grau de justificação para a conduta do empregador, situado em valores de

magnitude superior ao direito de propriedade, como o interesse social, a segurança e a coletividade.

A orientação argumentativa na ponderação deve considerar os critérios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que a conduta, respectivamente, seja apta ao fim buscado, seja a menos gravosa a este objetivo e traduza um benefício superior ao sacrifício imposto ao direito restringido), observando-se que a restrição, para ser legítima, deve ser a única alternativa possível para o empregador alcançar a tutela de um interesse empresarial constitucionalmente legítimo, e, além disso, e mesmo assim, seja preservado o núcleo essencial em dignidade. Conquanto se admita a variação do conteúdo da intimidade, sujeito às contingências da evolução social, o valor que inspira e sustenta a proteção jurídica é sempre o mesmo: o respeito à dignidade da pessoa humana, que é invariável e imponderável.

Atualmente, não há como falar em propriedade ou em contrato de trabalho sem referência ao imperativo constitucional de que eles devem atender a sua função social. Por esta qualidade, fundada nas ideias do Estado Social, o ser humano está no centro da preocupação do Direito, e assim também ocorre nas relações de trabalho, duplamente. Disso implica que, apesar de a realização de fins econômicos ser um objetivo inafastável da empresa, a ele deve ser agregada a nobre missão de propiciar o desenvolvimento da dignidade dos trabalhadores postos a seu serviço.

As normas infraconstitucionais não fornecem embasamento suficiente para a abordagem do confronto entre o direito fundamental à propriedade e o direito à intimidade do empregado. Em questões que envolvem individualidades, a proteção constitucional é que deve nortear a solução de quaisquer controvérsias, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o grande balizamento desta compatibilização. Assim, qualquer ato de restrição a um direito fundamental somente pode ser praticado para assegurar outros interesses constitucionais legítimos, e, mesmo assim, deve passar por um juízo de proporcionalidade, respeitando-se, em todo caso, a dignidade humana enquanto núcleo essencial do direito à intimidade.

O direito à intimidade sob a perspectiva da autodeterminação do indivíduo no ambiente empregatício deve considerar: a) Qualquer ato de disposição imerso numa

relação jurídica de poder como na relação de emprego, deve ser visto com reservas porque a disponibilidade de direitos não pode constituir uma agressão da pessoa contra si mesma; b) A autodeterminação fica irremediavelmente comprometida pelo decréscimo que sofre o empregado a partir de sua inserção na relação de emprego, o que impõe, de antemão, considerá-la *prima facie* comprometida. c) Nenhuma renúncia de direitos pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana e o livre consentimento não legitima lesões ao núcleo essencial do direito à intimidade; d) Não se admite a submissão voluntária a exposição degradante que retire a condição de humanidade; e) Em certas situações a autodeterminação não é própria do empregado, nem do empregador, mas cede ao interesse da coletividade, porque relativa ao bem estar e à segurança, como objetivo fundamental da República de promover o bem de todos; f) A relação de emprego deve assegurar o livre desenvolvimento dos direitos de personalidade do empregado, dentre eles o direito à intimidade, de acordo com valores centrados na dignidade humana e g) o indivíduo é dono das suas esferas de intimidade com toda a capacidade de definir o conteúdo de tais esferas e de sua expressão de publicidade, mas quando inserido no ambiente empregatício, em função do poder do empregador e das injunções e influências determinadas pela cultura capitalista, perde a capacidade de impor tais limites ao empregador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 5ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho**. Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9ª ed. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2003.

_____. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARANHA, Antônia Vitória; DIAS, Deise Soares. Trabalho como princípio educativo na sociabilidade do capital. In: MENEZES NETO, Antônio Júlio; CUNHA, Daisy Moreira (Org.). **Trabalho, política e formação humana**; interlocuções com Marx e Gramsci. São Paulo: Xamã, 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 11ª edição – 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

ARRUDA MIRANDA, Darcy. **Comentários à Lei de Imprensa**. Vol. 1, São Paulo: RT, 1969.

ASSIS, Rui. **O poder de direção do empregador**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*. Tese de Doutorado, PUC PR, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Poder diretivo e controle do empregador**: validade jurídica do monitoramento do correio eletrônico. Revista Direito em Ação, Brasília, v. 6, n. 2, p. 89-90, dez. 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Paulo: Renovar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Vinte anos da Constituição de 1988: A reconstrução democrática do Brasil. In: MONTESSO, José Cláudio et al (Coord.). **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008.

BEAN, J. **How do employers monitor internet usage at work?** Disponível em: <http://www.wisegeek.com/how-do-employers-monitor-internet-usage-at-work.htm>. Acesso em 20.04.2012.

BEBBER, Júlio César. Direito de informação do empregador ao contratar e direito de intimidade do empregado. **Ideias Legais**. Escola Superior da Magistratura. Campo Grande, v. 6, Ed. Especial, p. 101/105, dez/2010.

BERLOQUE, Juliana. **Sigilo bancário. Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BONOMI, Aldo. **Il capitalismo molecolare. La società del lavoro nel Nord Italia**. Torino: Einaudi, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito constitucional** – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Luciana Menezes; BARICHELLO, Eugenia Mariano da Rocha. **O microblog *Twitter* como agregador de informações de relevância jornalística.** Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-33178-1.pdf> Acesso em 23 out 2012.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura.** São Paulo: Paz e terra, 2011.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos.** Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, Biblioteca de Teses, 2002.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos.** 2ª ed. Buenos Aires: Austrea, 1995.

CLÈVE, Clémerson M. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 54, p. 28-39.

_____. **O direito e os direitos:** elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, jul/dez 2003.

_____. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: LEMBO, Cláudio. **Uma vida dedicada ao Direito:** homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Para uma dogmática constitucional emancipatória.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COCCO, Giuseppe. **Trabalho e cidadania:** produção e direitos na era da globalização. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

CORRADO, Renato. **La nozione unitária del contratto di lavoro.** Torino: UTET, 1956.

COSTA, Isabel de Sá Affonso da. **Teletrabalho: subjugação e construção de subjetividades.** RAP. Rio de Janeiro 41(1):105-24, jan/fev. 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

COURA, Solange Barbosa de Castro. Capital e trabalho em movimento: as novas profissões. In: VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **O que há de novo em direito do trabalho.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia da vontade privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SALERT, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2006.

_____. **Poder punitivo trabalhista.** São Paulo: Ltr, 1999.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da Justiça do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Teoria da constituição. Direitos humanos e fundamentais.** Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Redefinindo os requisitos da relação de emprego.** Fonte: http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_jadn_12.asp> Acesso em 02 ago. 2012.

_____. **Inovações na legislação trabalhista.** 2.ed. São Paulo: LTr, 2002.

DAMATTA, Roberto Augusto. **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

DE CUPIS, Adriano. **Teoria e pratica del diritto civile.** 2. ed. Milano: Giuffrè, 1967.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social.** 7ª ed. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Afirmação do trabalho no século XXI. In: SANTOS, Jerônimo Jesus dos (Org. e Coord.). **Temas aplicados de direito do trabalho e estudos de direito público.** São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Curso de direito do trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de Direito Civil.** 16ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo Jurídico:** As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Rights as trumps: theories of rights.** Oxford: Oxford University Press: 1995.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia.** Coimbra: Centelha, 1976.

ERMIDA URIATE, Oscar; HERNÁNDEZ ALVAREZ, Oscar. Considerações sobre os questionamentos acerca do conceito de subordinação. **Revista Synthesis**, nº 35/33, Texto resumido e traduzido por Eurides Avance de Souza.

FERNANDES, José Ricardo Honório. **Espião de tela**. I-programas: o portal de soluções para empresas. Disponível em: http://www.iprogramas.com.br/2008/programas/xexs/Espiao_de_Tela.html. Acesso em 20.04.2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade e Direito de São Paulo**, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Liberdades públicas**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y constitución**. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). El Estado Moderno en Europa. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Restrição a direitos fundamentais**: a questão da interceptação de e-mail e a reserva de jurisdição. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/420/337> Acesso em 02.05.2012.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALLART FOLCH, Alejandro. **Derecho español del trabajo**. Barcelona: Labor, 1936.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-Nação e a Violência. Segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico**. Tradução Beatriz Guimarães. 1ª ed. 1ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas**. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1348920>> Acesso em 18 ago. 2012.

GORZ, André. **Adeus ao proletariado e a utopia de uma sociedade do tempo livre**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRASSELLI, Odete. **O direito derivado da tecnologia**. Circunstâncias coletivas e individuais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

GRASSELLI, Oraci Maria. **Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador**.

São Paulo: LTr, 2011.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: Gunther, Luiz Eduardo (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008.

GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians F. Lira. (Coord). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Minas Gerais: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1999.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. 9ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIRIGOEYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Trad. Maria Helena Kühner. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e Direito à vida privada**. Conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009.

LÉVY, Pierre. **A revolução contemporânea em matéria de comunicação**. Trad. Juremir Machado da Silva. Revista Famecos. Porto Alegre, nº 09, dez/1998.

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

LEYMANN, Heinz. **Introduction to the concept of mobbing**. Disponível em <http://www.leymann.se/English/11110E.HTM> Acesso em 20 mar. 2012.

LIMA, Karina Medeiros. Determinismo tecnológico. **Revista Espiral-Cibéria**. Revista Eletrônica do Núcleo José Reis de Divulgação Científica – PTDC/CNPq. Ano 7, nº.28/ / Jul- Ago-Set de 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade> Acesso em 28 maio 2012.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUKÁCS, Georg. **Ontologia do ser social: os princípios fundamentais em Marx**. São Paulo: Ciências Humanas, 1979.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **Corrupção, dinheiro público e sigilo bancário**. 2ª edição, Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. Los derechos humanos como derechos inalienables. In: BALLESTEROS, Jesús. **Derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1992.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem** (understanding media). Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 2007.

MARX, Karl. Manuscritos Econômicos Filosóficos. In MARX/ENGELS: **História**. Florestan Fernandes (org.). São Paulo: Ática, 1983.

_____. **O capital: crítica da economia política**. Livro I. 24. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. São Paulo: Expressão popular, 2008.

MESQUITA, Luiz José de. **Direito disciplinar do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

MORAES, Maurício. **Entrei no Orkut porque o chefe mandou**. Como aproveitar o potencial das redes sociais para as atividades do trabalho e colaboração. Revista Info Exame. São Paulo: Ed. março, nº 277, p. 96-98. Março de 2009.

MORAES FILHO, Evaristo de; FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. **Para onde vai o mundo?** Trad. Francisco Morás. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Walters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010.

OFFE, Clauss. **Trabalho e sociedade**: problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Direito à intimidade e à privacidade: e-mail do empregado. **Revista Justiça do Trabalho**, n. 233, maio de 2003.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 22ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Vinícius Andrade. Marshall McLuhan, o conceito de determinismo tecnológico e os estudos dos meios de comunicação contemporâneos. **UNIREvista**, vol. 1, nº 3, julho 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral**. Coimbra: Almedina, 1993.

RAMONET, Ignacio. La mutation du monde. **Le Monde Diplomatique**, Paris, out. 1997. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/1997/10/RAMONET/9338>>. Acesso em: 28/05/2012.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012

_____. Bem-estar das empresas e mal-estar laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**. V. 8, n. 32, out./dez. 2009.

_____. Trabalho e regulação: o Direito Capitalista do Trabalho e as crises econômicas. **Lugar comum: Estudos de Mídia, Cultura e Democracia**. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Laboratório Território. Rio de Janeiro: UFRJ, nº 33/34, p. 51/88, jan. – ago. 2011.

RECUERO, Raquel da Cunha. **Dinâmicas de redes sociais no Orkut e capital social**. UCPEL/UFRGS. Disponível em <http://pontomidia.com.br/raquel/alaic2006> Acesso em 23 out 2012.

REIS, Nélío. **Alteração do contrato de trabalho; alteração por mútuo consentimento – alteração unilateral e rescisiva – culpa recíproca**. 4ª ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 1968.

RIPERT, Georges. **O Regime democrático e o direito civil moderno**. São Paulo: Editora Saraiva, 1937.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada**. Curitiba: Juruá,

2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. De Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **O Poder Disciplinar do Empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

_____. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANCHES, Ana Maria Brito. **Virtude, trabalho e riqueza. A concepção de sociedade civil em Benjamin Franklin**. Dissertação de mestrado. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-27022007-110740/pt-br.php>.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. Tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: Ltr, 1976.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, n 4, out/dez 2011.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Benedito Xavier da. Tensão entre capital e trabalho: a disputa entre empresa e catadores pelo lixo reciclável. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians F. Lira. (Coord). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2003.

SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

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

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995,

SOUZA MACEDO, Pedro de. **Poder Disciplinar Patronal**. Coimbra: Almedina, 1990.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. **A proteção da privacidade. Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **O novo modelo de relação de emprego. Repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo empregatício**. Revista LTr, São Paulo: LTr, outubro de 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UBILLOS, Juan. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid, 1997 – Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucionales.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego**. Revista do TST. Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. **El constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo**. Supremacia, defensa y vigencia de la Constitución. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina (s.d.).

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: Ltr, 1996.

_____. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Rev. Téc. De Gabriel Cohn, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

LEGISLAÇÃO CITADA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1940.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1ª Turma). nº **61300-23.2000.5.10.0013. Recurso de Revista**. Brasília. Distrito Federal. Julgado em 18/05/2005. Publicado em 10/06/2005, no Diário da Justiça. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 mai. 2012

_____. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). nº **61100-06.2003.5.12.0029. Embargos de Declaração em Recurso de Revista**. Brasília. Distrito Federal. Julgado em 22/09/2008. Publicado em 10/10/2008, no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 mai. 2012

_____. Tribunal Superior do Trabalho (5ª Turma). nº **único 209100-67.2003.5.07.0002. Recurso de Revista**. Brasília. Distrito Federal. Julgado

em 23/06/2010. Publicado em 06/08/2010, no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 mai. 2012

_____. Tribunal Superior do Trabalho (6ª Turma). nº único 3677-65.2010.5.12.0022. Brasília. Distrito Federal. Julgado em 14/03/2012. Publicado em 23/03/2012, no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 mai. 2012

SITES CONSULTADOS

<http://www.portal.mte.gov.br>

<http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>

<http://www.anatel.gov.br>

<http://www.bbc.co.uk>

<http://www.linkedin.com>

<http://economico.sapo.pt/noticias/>

<http://www.prt12.mpt.gov.br/>

<http://www.tribunalconstitucional.es>