

Relações de trabalho e direito à intimidade: qual o limite do poder de fiscalização do empregador?

Labor relations and the right to privacy: what is the limit of the fiscalization power of the employer?

Daniel Roxo de Paula Chiesse

Mestrando em Direitos Sociais pelo Centro Universtário Salesiano de São Paulo - UNISAL. Especialista em Direito Processual Civil pela Univesidade Cândido Mendes – UCAM

Resumo.

O empregador na seara laboral assume todos os ônus da sua atividade produtiva, sendo responsável pelos colaboradores e seus atos. A indevida utilização dos meios de produção pode gerar ao empregador prejuízos, verificados através da perda de produtividade, na transmissão de segredos, e por consequências civis por atos dos empregados. Assim, o empregador tem o direito e o dever de fiscalizar a atividade laboral, mantendo sua empresa viável e lucrativa. Contudo, a questão que se coloca é o limite desse poder fiscalizatório. O presente artigo visa discutir a privacidade dos empregados, e o limite do poder fiscalizatório do empregador.

Palavras-chave: Privacidade; Poder Fiscalizatório; Limites.

Abstract

The employer assumes the harvest labor burden of all their productive activity, being responsible for employees and their actions. The improper use of the means of production can cause losses to the employer, incurred through loss of productivity in the transmission of secrets, and civil consequences for acts of employees. Therefore, the employer has the right and duty to oversee the work activity, keeping your business viable and profitable. However,

the question that arises is the limit that power fiscalization. This paper discusses the privacy of employees, and limit the power of the employer fiscalization.

Key words: *Privacy; Fiscalization Power; Limits.*

Sumário

Introdução. 1. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 2. Aplicabilidade da eficácia horizontal nas relações de trabalho. 3. Privacidade no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Poderes do empregador. 5. Possibilidades e vedações. Hipóteses. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Introdução.

Muito se discute acerca da concreta efetivação dos direitos fundamentais. Discute-se a possibilidade de aplicação das normas constitucionais de forma direta, concretizando os direitos constitucionalmente postos na realidade social. Essa discussão, por vezes é tida como um objeto distante e difícil de ser alcançado. Contudo, nos deparamos com situações no nosso dia a dia que a aplicação e respeito às normas consagradas na Carta Magna não são tão distantes e difíceis de serem concretizadas.

Nas relações de trabalho, diversos direitos e interesses estão em jogo. De um lado temos o empregador, que em sua atividade empresarial visa o lucro, a manutenção da empresa. De outro, temos o empregado, que coloca sua força de trabalho à disposição do capital, visando a percepção de vantagens financeiras. Temos ainda o Estado e a sociedade, que são atingidas e influenciadas por toda relação de trabalho, seja na geração de impostos ou mesmo na manutenção da paz social, propiciada pela manutenção da engrenagem econômica.

Contudo, nessa relação de trabalho, põe-se, por vezes, em choque direitos importantes. O empresário tem, além do bônus advindo com o lucro de sua atividade, o ônus da manutenção da empresa. Precisa garantir o correto funcionamento empresarial, inclusive contra eventuais condutas inadequadas de seus próprios colaboradores, vez que é civilmente responsável pelos atos destes. Assim, o empregador precisa, para garantia da empresa, dos próprios funcionários e até mesmo de terceiros, fiscalizar a conduta de seus colaboradores.

Entretanto, tal fiscalização necessita ocorrer na mais estrita legalidade e proporcionalidade, para que o direito de privacidade e intimidade do empregado não seja violado.

Assim, diante do embate entre o direito poder de fiscalização do empregador e o direito de privacidade do empregado, surge a necessidade da discussão dos limites, de forma que nenhuma das partes seja violada em seus direitos.

1. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Historicamente, os direitos fundamentais surgiram como um mecanismo de proteção dos cidadãos frente ao Estado. Sua função inicial era limitar o poder do Estado em favor dos indivíduos. Essa continua a ser sua função primordial. *O destinatário principal do dever de respeitar os direitos dos indivíduos é o Estado no sentido mais amplo do termo.*(DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 96).

Essa hipótese é denominada pela doutrina de eficácia vertical dos direitos fundamentais, tendo em vista a característica de hierarquização.

Na doutrina liberal clássica os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (*direitos de defesa*). Por esta relação jurídica ser hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão **eficácia vertical** dos direitos fundamentais. (NOVELINO, 2011, p. 391).

Isso constitui o *efeito vertical* dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o “inferior” (indivíduo) e o “superior” (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p.97).

Contudo, em que pese estarem direcionados primordialmente ao Estado, os direitos fundamentais vinculam este não apenas diretamente, mas também de forma indireta. O Estado tem o dever de garantir que os cidadãos não sejam agredidos em seus direitos fundamentais por outros indivíduos. *Além do dever de observar a esfera de liberdade individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares.* (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p.97).

Aqui temos as duas formas de efeitos verticais: direta, o Estado não infringindo os direitos fundamentais dos cidadãos e; indireta, o Estado garantindo a estes cidadãos que outros não interfiram em seus direitos.

A questão que se coloca refere-se, todavia, à aplicação dessas normas de direitos fundamentais diretamente entre os particulares. Não é apenas o Estado o sujeito capaz de lesar direitos. Nas relações individuais, não raro, diversos direitos fundamentais também são desrespeitados, de forma que a proteção constitucional dada a esses direitos também precisa ser projetada nas relações particulares.

No Brasil, diversamente do que ocorre em Portugal e mesmo na Suíça, a Carta Constitucional de 1988 não previu expressamente a vinculação das entidades privadas às normas de direito fundamental. A nossa Constituição limitou-se a declarar a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais no §1º do art. 5º. Essa omissão, não significa, contudo, que os particulares também não estejam obrigados ao respeito de tais normas.

Conforme nos ensina Ingo W. Sarlet, “*para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito de relações jurídicas entre particulares*” (SARLET, 2009, p.374). Contudo, uma vez que não há a previsão constitucional expressa tal eficácia vinculante fica a cargo da jurisprudência e da doutrina.

Na doutrina, existem três teorias principais que disciplinam a questão: (a) Teoria da ineficácia horizontal (teoria da *state action*); (b) Teoria da eficácia horizontal indireta e, (c) Teoria da eficácia horizontal direta.

Sustenta a primeira teoria (Teoria da ineficácia horizontal – *state action*) que não seria possível a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares. Para os adeptos desta teoria “*os direitos fundamentais somente impõem restrições aos Poderes Públicos*” (SILVEIRA, 2010, p. 106), não se aplicando as normas de direitos fundamentais diretamente aos particulares. Essa é a Teoria que vigora nos Estados Unidos¹.

Já para a Teoria da eficácia horizontal **indireta**, os direitos fundamentais constitucionais podem ser aplicados aos particulares, contudo, desde que através da legislação infraconstitucional. Aqui temos o que a doutrina costuma denominar efeito irradiador das normas de direitos fundamentais: “*Nessa concepção, para que os direitos fundamentais possam irradiar os seus efeitos é necessária uma medição legislativa (efeito irradiador).*” (NOVELINO, 2011, p. 393).

¹ Essa teoria admite uma mitigação, pela chamada *public function theory*, que estabelece que poderia haver a aplicação das normas de direitos fundamentais entre particulares quando agem no exercício de atividades próprias do Estado.

Mesmo quando o legislador não leva em consideração uma situação de poder que possa prejudicar a parte mais fraca, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas “à luz” (daí a metáfora do “efeito de irradiação”!) dos direitos fundamentais, permitindo o respeito da ordem constitucional que não tolera violações dos direitos fundamentais, mesmo quando estas provêm de particulares. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 100).

A Teoria da eficácia horizontal **direta**, por sua vez, prega a possibilidade de aplicação imediata das normas constitucionais aos particulares, sem qualquer intervenção.

Nos termos desta concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade. (NOVELINO, 2011, p. 393).

De acordo com Pimenta e Barros, citando Sarlet e Sarmento, dois seriam os principais argumentos em defesa da aplicabilidade direta da eficácia horizontal. O primeiro seria o fato de que não haveria no texto constitucional “*nada que sugira a idéia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Ao contrário, a linguagem adotada [...] transmite a idéia de uma vinculação passiva universal.*” (PIMENTA; BARROS, 2007, p. 2802). O segundo argumento refere-se à questão de justiça e assimetria da sociedade brasileira em comparação com as sociedades mais desenvolvidas. Assim, seria justificável “*um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, onde reinam a opressão e a violência.*” (PIMENTA; BARROS, 2007, p. 2802).

A maioria da doutrina brasileira defende esta terceira teoria, tendo como expoentes, Luis Roberto Barros, Ingo W. Sarlet e Daniel Sarmento. De modo diverso, defendendo a teoria indireta, com evidente maestria, temos Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins.

A grande importância dessas figuras doutrinárias, reside no fato de que no atual estágio de nossa sociedade, “*a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico.*” (SARLET, 2009, p. 378).

2. Aplicabilidade da eficácia horizontal nas relações de trabalho.

Dentro do tema proposto no presente artigo, surge o questionamento se, dentro das relações de trabalho, haveria espaço para a aplicação das normas de direitos fundamentais, ou melhor, se ocorreriam infrações a preceitos constitucionais de direitos fundamentais aptos a requerer as garantias constantes de nossa Constituição.

Nas relações de trabalho é patente o desequilíbrio de forças entre empregado e empregador. Em muitas ocasiões, senão na quase totalidade delas, não há espaço para que as partes discutam os termos da relação contratual a ser estabelecida. “*As necessidades financeiras do trabalhador acabam por comprometer a sua autonomia de negociação das cláusulas contratuais.*”(SILVEIRA, 2010, p. 108).

Assim, evidentemente há uma discrepância de forças, a qual merece a atenção e tutela da ordem jurídica. Sobre esse contexto, vejamos como a doutrina se manifesta:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. (...) A consequência de tal raciocínio seria a obrigatoriedade de vincular os detentores de poder social diretamente às disposições que garantem direitos fundamentais, vez em que uma das funções primordiais destes é propiciar certo equilíbrio de forças entre as partes conflitantes, originalmente entre indivíduo e Estado (constitucionalismo clássico), contemporaneamente entre dois titulares de direitos públicos subjetivos (direitos fundamentais) que não se encontrem em mínimas condições de igualdade. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 98-99).

No âmbito da literatura jurídica destacam-se duas constelações distintas, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social, bem como as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, já que situadas fora das relações de poder. Precisamente no que diz com a primeira alternativa, constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os Poderes públicos. (SARLET, 2009, p. 381).

O fenômeno da exacerbação do poder privado pode ser facilmente constatado [...] nas relações de emprego, por meio do poder diretivo do empregador que dirige e fiscaliza a prestação de serviços dos empregados no exercício laboral, entre outras situações.

Em tais casos, é necessária a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações individuais de modo a equilibrar as relações jurídicas faticamente assimétricas, prevenindo lesões aos direitos da parte hipossuficiente. (PIMENTA; BARROS, 2007, p. 2805).

Assim, verifica-se que o marco característico para que se configure a permissão de aplicação de normas de garantias dos direitos fundamentais é a existência de uma desproporção de forças capaz de gerar lesão à parte hipossuficiente.

Deste modo, uma vez que o trabalhador é, incontestemente de dúvidas, a parte mais fraca na relação laboral, doutrina e jurisprudência² admitem a aplicação direta das normas de direitos fundamentais em defesa do obreiro.

3. Privacidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma vez que já estabelecida a possibilidade da aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma direta nas relações de trabalho, necessário adentramos no assunto pertinente ao que vem a ser o direito à personalidade. Com a noção ao menos de algumas de suas características, poderemos ter elementos suficientes para entender os limites do poder diretivo do empregador quanto à possibilidade de intervenção dentro da esfera individual do obreiro.

Inicialmente cumpre ressaltar que a questão terminológica acerca do tema não é das mais precisas. A Constituição quando se manifesta acerca da questão fala em intimidade, vida privada, honra e imagem³, de forma que considera tais elementos de maneira distinta. Assim, optamos por acatar a escolha adotada por José Afonso da Silva usando “*a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.*” (SILVA, 2012, p. 206).

Intimidade e vida privada são apenas alguns dos elementos da privacidade do indivíduo; elementos estes que dizem respeito apenas ao próprio indivíduo, onde este é o único que tem a possibilidade de deixar que outros tomem conhecimento de suas esferas íntimas.

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que

² A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 161243-6/DF admitiu a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais em uma relação de trabalho. No mesmo sentido também já se manifestou o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista TST-RR-2195/1999-009-05-00-6.

³ Art. 05º, inciso X.

não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só. Há vários elementos que se encontram ínsitos à ideia de intimidade: o lar, a família e a correspondência são os mais comuns e visíveis. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 214).

Conforme citado por Vellêda Dias Netta (DIAS NETA, 2010, p. 8141), o termo privacidade pode ter vários significados, dentre os quais destacamos: intimidade, vida privada, segredo, reserva, sigilo. A proteção ao direito à privacidade direciona-se, não apenas à própria pessoa, mas também a seu lar, seu local de trabalho, seus dados pessoais e econômicos, correspondências, entre outros. Visa, enfim, a proteção da pessoa em sua intimidade, sua honra, imagem.

A proteção à privacidade encontra fundamento na Constituição da República no art. 05º, inciso X, quando declara “*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.*” (SILVA, 2012, p. 205). Contudo, a proteção não está apenas na constituição. O próprio Código Civil dedica um capítulo inteiro à proteção da personalidade, quando estabelece definições e garantias entre os artigos 11 e 21. Também o Código Penal tipifica diversos crimes envolvendo variados aspectos da privacidade⁴. Atualmente tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei (PL 4060/2012)⁵ de autoria do Deputado Milton Monti (PR/SP) que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais. Neste Projeto de Lei, seu primeiro artigo assim estabelece: “*Art. 1º. Esta lei tem por objetivo garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa natural, particularmente em relação a sua liberdade, **privacidade, intimidade, honra e imagem.***”

Conforme bem lembrado por Marcelo Novelino, “*os direitos da personalidade emanam diretamente da dignidade da pessoa humana*” (NOVELINO, 2011, p. 451), fato o qual está expressamente previsto no Projeto de Lei do deputado paulista.

Inicialmente, o ordenamento jurídico visava a proteção especialmente do patrimônio, o que podemos verificar com o tom do Código Civil que vigorou de 1916 a 2002. Contudo, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, houve uma virada axiológica, de forma que o indivíduo e a preocupação com sua privacidade tomaram uma tônica até então não vista no país.

⁴ Vejam, exemplificativamente, os crimes contra a honra, contra a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, dos segredos, entre outros.

⁵ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001750&filename=PL+4060/2012 acesso em 31/01/2012.

Trata-se de um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial [...] para se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 179).

Uma excelente conceituação dos direitos da personalidade é dada pelos civilistas Pablo S. Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 180) quando afirmam que são “*aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.*” Na mesma passagem, ressaltam, ainda, que a ordem jurídica deve tutelar uma “*série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros*”.

A doutrina⁶ aponta diversas características dos direitos da privacidade, dentre as quais destacamos:

- a) Oponibilidade;
- b) Generalidade;
- c) Extrapatrimonialidade;
- d) Indisponibilidade,
- e) Imprescritibilidade;
- f) Impenhorabilidade;
- g) Vitaliciedade.

Ora, sintetizando as características, na ordem apresentada acima, podemos dizer que os direitos da personalidade são oponíveis a todos, “*irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los.*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 189) São ainda gerais, ou seja, todos, pelo simples fato de existirem, são titulares do direito à personalidade. Não possuem conteúdo patrimonial direto (extrapatrimonialidade), bem como também não podem mudar a sua titularidade, não podendo ser abdicados ou cedidos. Quando se diz que são impenhoráveis, significa que “*inexiste um prazo para seu exercício, não se extinguindo pelo não uso*” (AMARAL, 2002, p. 248). Como não possuem valor monetário e não podem ser cedidos, não poderão ser penhorados. Sua última característica, dentre as informadas, revela o caráter pessoal dos direitos da personalidade. Ora, uma vez que são personalíssimos, acompanham qualquer indivíduo por toda a sua vida, desde o nascimento, extinguindo-se apenas com a morte.

⁶ Adotamos aqui as características apontadas por Pablo S. Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

Assim, verificamos que a privacidade é direito inalienável de cada pessoa, de forma que todos devem respeitá-la. Contudo, como todo direito fundamental, existem situações em que poderão ocorrer conflitos com outros direitos, de forma que apenas com a ponderação no caso concreto é que poderemos concluir qual deverá prevalecer.

4. Poderes do empregador.

Dentro das relações trabalhistas, o empregador encontra-se em uma posição de destaque, vez que é este o detentor dos meios de produção, e quem detém o poder de direcionamento e gestão da atividade produtiva. Em sua atividade gerencial, cabe decidir os melhores caminhos para a sua empresa, respeitando as leis, os funcionários e a função social que a empresa ocupa na sociedade.

No dizer do Ministro Maurício Godinho Delgado:

Um dos mais importantes efeitos próprios ao contrato de trabalho é, como já indicado no capítulo anterior, o poder empregatício. Em suas diversas dimensões – diretiva, regulamentar, fiscalizatória, disciplinar –, esse poder concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo sócio-econômico, que favorecem, regra geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade. (DELGADO, 2011, p. 615).

Conceitua o referido autor Poder Empregatício como “conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.”(DELGADO, 2011, p. 616).

Dentre as dimensões do poder empregatício, conforme informando acima, temos os poderes (a) disciplinar, (b) regulamentar, (c) diretivo, e (d) fiscalizatório, cada qual com suas especificidades dentro da gestão empresarial.

O poder disciplinar é o poder que garante ao empregador aplicar sanções aos empregados em situações de descumprimento das normas contidas no contrato de trabalho, nas convenções coletivas e mesmo das normas legais.

O **poder disciplinar** traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato. O exercício desse poder tem por fim manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho. (BARROS, 2008, p. 603).

Por sua vez, o poder regulamentar reflete-se na possibilidade que tem o empregador de fixar regras gerais de observação obrigatória dentro da empresa. Materializam-se pelas normas previstas dentro do regulamento interno da empresa, ou mesmo através de circulares, avisos, ordens de serviços, entre outras modalidades.

Já o poder diretivo, também conhecido por poder organizativo ou poder de comando, configura-se na diretiva do empregador de organizar e sistematizar a empresa.

O poder diretivo consiste em um conjunto de prerrogativas concedidas ao empregador, decorrentes do contrato de trabalho, onde o mesmo possui a atribuição de organizar e de cuidar da sua atividade econômica de produção. Também é chamado de poder organizativo ou hierárquico e visa não só organizar e controlar a atividade econômica no âmbito empresarial como ainda emitir ordens gerais ou individuais a respeito da atividade a ser executada pelo empregado. Trata-se também da atribuição conferida ao empregador de estipular orientações técnico-profissionais e administrativas ao empregado no que tange à sua atividade ou ao modo como a prestação de serviços será executada ao longo do contrato de trabalho. (ALVARENGA, 2010).

Por fim, estudemos o poder fiscalizatório, sendo que este é o de maior importância para o estudo das questões que envolvem conflitos com o direito à privacidade dos empregados.

Tomando mais uma vez as lições de Mauricio Godinho Delgado, vejamos a conceituação do renomado jurista ao que compreende como poder fiscalizatório.

Poder Fiscalizatório – Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle. (DELGADO, 2011, p. 620).

Dentro da conceituação supra identificamos dois elementos cruciais, quais sejam: vigilância no espaço empresarial interno e medidas de controle. Sabemos que o empresário, quando se dispõe a se estabelecer empresarialmente, visa como sua principal meta o sucesso econômico de sua empresa, contudo, o mesmo assume não apenas o ônus da sua atividade, mas também todo o seu ônus.

Assim, tem, não apenas o dever, mas até mesmo o direito de fiscalizar e controlar toda a sua atividade e o que ocorre dentro da sua empresa. É sabido inclusive que o

empregador é responsável inclusive civilmente pelos atos de seus prepostos, conforme podemos verificar pelo artigo 932, inciso III do Código Civil:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
(*omissis*)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.”

A esse respeito, também se manifestou Tatiana Roxo:

O empresário possui o poder de coordenação e organização da atividade laboral exercida dentro da empresa, além da regulamentação de tal atividade, afinal, é ele próprio que assume os riscos da atividade econômica exercida. Ademais, o empregador pode ser responsabilizado civilmente pelos atos de seus empregados e prepostos. Dentro da regulamentação da atividade, inclui-se o comportamento dos empregados. (ROXO, 2012, p. 118).

Ora, mesmo que haja a possibilidade de o patrão ajuizar uma ação de regresso face ao empregado causador do dano, sabe-se que muito raramente este último terá condições efetivas de ressarcir o prejuízo que tenha causado à terceiros.

Analisemos alguns casos concretos abordados pela doutrina, caracterizadores de possibilidade de conflitos entre os interesses da empresa/empregador, face os direitos à privacidade dos empregados.

5. Possibilidades e vedações. Hipóteses.

Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2008, p. 581) nos ensina que não existia no ordenamento jurídico brasileiro, até meados da década de 90, nenhum dispositivo que regulamentava expressamente a questão das revistas. As previsões legais, de acordo com a doutrinadora, começaram a surgir através de algumas legislações municipais, em especial em Belo Horizonte-MG⁷ e Vitória-ES⁸, quando proibiam a revista íntima nas funcionárias dos estabelecimentos, prevendo de sanções graduais, a até mesmo o fechamento da atividade da empresa através da cassação do alvará de funcionamento daquelas empresas que não cumprissem as leis.

⁷ Lei 7.451 de 27 de fevereiro de 1998.

⁸ Lei 4.603 de 02 de março de 1998.

Contudo, em virtude da regra constitucional⁹ que prevê que apenas a União pode legislar sobre direito do trabalho, tais leis foram questionadas sob a pecha de serem inconstitucionais.

Assim, o então presidente Fernando Henrique Cardoso promulgou a Lei 9.799, a qual fora publicada em 26 de maio de 1999. Esta lei, tratando do acesso da mulher ao mercado de trabalho, inseriu dispositivos na CLT, de forma que previu expressamente a impossibilidade de revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Art. 373A. 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:

(omissis)

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

Diante da previsão constitucional de igualdade entre homens e mulheres, evidentemente que a regra estabelecida no art. 373A, inciso VI também tem validade e eficácia aos trabalhadores do sexo masculino. Nesse sentido, Vólia Bonfim Cassar: “*O art. 373-A da CLT proíbe revistas íntimas, discriminações e abusos contra os trabalhadores em geral. Apesar de a norma estar incluída no capítulo da proteção da mulher, a regra deve ser estendida também para o homem.*” (CASSAR, 2011, p. 964).

Inobstante a lei que regulou a matéria tenha surgido apenas em 1999, a doutrina nacional já tinha o entendimento de que era possível a revista dos funcionários, sob o argumento de “*é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio*” (BARROS, 2008, p. 582)..

De acordo com o entendimento esposado por Alice Monteiro de Barros, é permissível a revista, desde que seja utilizada por necessidade e não mero comodismo. Vejamos seu entendimento:

A nosso ver, **a revista se justifica**, não quando se traduza um comodismo do empregador para defender seu patrimônio, mas quando constitua o último recurso para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas. Essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas, mormente na época em que vivemos, com o fenômeno terrorista atemorizando o mundo.

Não basta a tutela genérica da propriedade, deverão existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista. Mister que haja, na empresa, no estabelecimento ou no

⁹ O art. 22, inciso I da Constituição Federal prevê que é competência privativa da União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do **trabalho**.

setor bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial e para a segurança das pessoas.(BARROS, 2008, p. 583).

Esclarece a magistrada mineira que algumas regras deverão ser seguidas quando da realização da revista pessoal. Em primeiro lugar, de forma a evitar constrangimentos e perseguições, as revistas deverão ocorrer por critérios objetivos, com caráter geral e impessoal. Ressalta ainda que deverá existir acordo prévio com o sindicato da categoria acerca da revista, ou então com os próprios funcionários no caso de ausência do referido sindicato.

A revista individual só se justifica quando fundada em sérias razões. A revista efetuada em uma ou poucas pessoas, ainda que de forma superficial e respeitosa, pode ser altamente lesiva para elas, pois se tornarão suspeitas. Daí a inadmissibilidade de controles discriminatórios, arbitrários, dos quais advenha predisposição contra os empregados selecionados. (BARROS, 2008, p. 585).

Quanto aos empregados que trabalhem com objetos de elevado valor, como jóias e pedras preciosas, diante da dignidade da pessoa humana, mesmo diante de outros empregados do mesmo sexo, não é admissível a revista na qual implique que o funcionário se desnude. Nesse sentido, tem completa razão a doutrina que entende que “*a inspeção nessas condições poderá traduzir atentado contra o pudor natural da pessoa, dependendo da intensidade do exame.*” (BARROS, 2008, p. 585).

Deste modo, mesmo que realizada rápida e respeitosamente, nosso ordenamento não tolera qualquer revista que interfira tão profundamente na esfera individual do empregado.

Em relação à revista nos objetos pessoais dos funcionários, a regra não é distinta. A princípio, uma vez que o empregador disponibiliza determinados espaços a seu funcionário, como gavetas, armários, mesas, entre outros, estes se tornam privativos, não podendo o patrão os devassar. A hipótese permissiva se daria nas mesmas condições da revista pessoal, ou seja, com o intuito de preservar o patrimônio da empresa e ou segurança dos demais funcionários, sendo realizada com critérios objetivos e após prévio acordo com o órgão sindical.

Nesse sentido, vejamos acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região, que tratou do tema relativo à revista de bolsas e sacolas na saída do trabalho:

DANO MORAL. REVISTA DE BOLSAS E SACOLAS NA SAÍDA DO TRABALHO. A revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas quando constitua um meio para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas; essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros). A revista não implica exercício abusivo do poder diretivo, na sua manifestação concreta de fiscalização, quando a empresa possui bens suscetíveis de apropriação e o procedimento ocorra, ao término da jornada, em bolsas, sacolas e mochilas, com o consentimento do empregado, em caráter geral sem qualquer tratamento discriminatório, capaz de tornar suspeito determinado trabalhador. Pedido de compensação de dano moral julgado improcedente porque não violado nenhum direito da personalidade. TRT / MG – Processo 01173.2005.005.03.00.3 – Rel. Designado: Juíza Alice Monteiro de Barros. DJ/MG 16/02/2006. (CASSAR, 2011, p. 966).

Questão que já demanda uma maior atenção refere-se à utilização de circuitos internos de televisão. A doutrina admite o monitoramento remoto desde que este objetive a *“otimizar o funcionamento do processo produtivo e, não, controlar aspectos de caráter íntimo do empregado.”* (BARROS, 2008, p. 592).

Necessário ainda nesse aspecto, ressaltar que a instalação dos equipamentos de filmagem sejam realizados dentro dos locais de produção da empresa, onde tenham relação direta com processo produtivo, não sendo permitido sua instalação em refeitórios ou, logicamente, em vestiários ou banheiros.

Torna-se, entretanto, indispensável que esses instrumentos audiovisuais não sejam utilizados ilegalmente, com o objetivo de gravar, reproduzir ou divulgar aspectos de caráter íntimo ou pessoal do empregado. Logo, a inovação tecnológica na fiscalização é eficaz; inadmissíveis são as atividades que impliquem utilização indevida dos avanços mecânicos e técnicos de vigilância. (BARROS, 2008, p. 593).

Em relação à utilização de e-mails, há consenso jurisprudencial acerca do monitoramento dos mesmos no ambiente de trabalho, estabelecidas determinadas condições. A regra geral hoje adotada é no sentido de que, caso o e-mail utilizado pelo empregado seja um e-mail corporativo, poderá o empregador efetuar o monitoramento. Contudo, não terá a mesma prerrogativa se o e-mail utilizado for o pessoal, mesmo que este também venha a ser usado eventualmente no ambiente de trabalho.

Ressalva é feita aqui quanto à necessidade de que o empregado tenha ciência que sua atividade on-line poderá ser objeto de controle, uma vez que a mesma, no local de trabalho, dirige-se à atividade funcional.

Se o empregado se utiliza, no horário de serviço, do e-mail do empregador (e-mail corporativo) para enviar suas mensagens particulares, o empregador poderá controlar os sites visitados, como também ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirige-se exclusivamente à atividade funcional. Nesse caso, o poder diretivo justifica a fiscalização, pois o computador constitui instrumento de trabalho. (BARROS, 2008, p. 600).

Quando ocorre a utilização do e-mail corporativo de forma que não configure utilização profissional, duas situações distintas devem ser observadas. Identificado que o conteúdo da mensagem é pessoal, e não havendo qualquer risco ao sistema de dados ou à imagem da empresa, incorrerá em violação de privacidade e ainda violação do sigilo de correspondência a atitude intrusiva do empregador. No entanto, identificado que o teor da mensagem possa causar risco ao sistema de dados da empresa, seja por sobrecarga ou risco de vírus, inclusive em mensagens pornográficas, o empregado poderá ser demitido por justa causa.

Vejamos nesse sentido, trecho de acórdão proferido junto ao Tribunal Superior do Trabalho.

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

4. Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. (TST-RR-613/2000-013-10-00.7 – 1ª Turma – Rel.: Min. João Oreste Dalazen. DJ 18.5.2005 – Revista LTr 69-06/722.) (BARROS, 2008, p. 601). (BARROS, 2008, p. 601).

Ressalva contudo deve ser observada no tocante à permissão que deve ser garantida ao empregado de, vez por outra, acessar *sites* com conteúdo particular, como de instituições financeiras ou de notícias, sem que isso venha a interferir em sua atividade laboral, ou quando o mesmo esteja em período de descanso.

Pelos exemplos acima, verifica-se que há um real interesse do empregador em ter o controle efetivo do que ocorre dentro de sua empresa. As questões que então se colocam são: Existem limites ao poder de fiscalização do empregador? Quais seriam os limites a esse poder?

No dizer de Mauricio Godinho Delgado, a ordem jurídica brasileira ainda não se posicionou de forma adequada às questões postas acima, apesar de ter “*regras e princípios gerais capazes de orientar o operador jurídico em face de certas situações concretas.*” (DELGADO, 2011, p. 621). Afirma que “*é inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agredam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador.*” (DELGADO, 2011, p. 621). Acrescenta ainda o doutrinador:

Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam um fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha empregaticamente no país. (DELGADO, 2011, p. 622).

Respondendo à questão de como agir diante do conflito de interesses entre o poder de controle empresarial *versus* a intimidade dos trabalhadores, Tatiana Roxo assim se pronunciou:

A forma de solucionar tais conflitos que nos parece mais clara é a aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo utilizado o critério da ponderação, que deverá ser aplicado no caso concreto. Assim, as limitações aos direitos fundamentais só poderão ocorrer caso sejam imprescindíveis e proporcionais, não podem ser usadas para atender à mera conveniência de interesses empresariais. (ROXO, 2012, p. 110).

Assim, o entendimento dominante é no sentido que pode sim haver um poder de fiscalização do empregador face os atos de seus empregados durante o período laboral, desde que sejam respeitados os direitos e garantias constitucionais protetores do direito à privacidade do trabalhador. Eventual conflito de direitos, deverá ser solucionado através da

análise do caso concreto, devendo ser observado os critérios de ponderação e proporcionalidade, tendo a jurisprudência e a doutrina já avaliado e se posicionado sobre alguns pontos de ocorrência rotineira.

6. Considerações finais.

De acordo com a exposição supra, fica evidenciado que ao trabalhador se aplicam diretamente as normas constitucionais de proteção de direitos fundamentais, uma vez que o mesmo assume uma posição de desvantagem na relação de trabalho, merecendo assim toda a proteção do Estado. O trabalhador, quando aceita um emprego não se despe de seus direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, dentre os quais estão o direito à inviolabilidade de sua honra, de sua intimidade e de sua imagem.

Por outro lado, também o empregador assume um ônus elevado, tendo sobre si toda a carga de responsabilidade na gestão de um empreendimento. Assume todos os custos e riscos da atividade empresarial, de forma que tem o direito de gerir e fiscalizar seus colaboradores de forma que sua empresa se torne viável, competitiva e lucrativa.

Mesmo que seja garantido ao empregador poderes de gestão, disciplina e fiscalização, esses poderes encontram limites nos direitos e garantias constitucionais. Na fiscalização que lhe assiste direito, não pode ultrapassar os limites da privacidade e intimidade de seu empregado, sob pena de violação dos direitos fundamentais desde último.

Assim, será possível, de forma respeitosa e cautelosa, e como última medida, certas formas de revistas, sempre em caráter geral e impessoal, não sendo permitido, em qualquer hipótese, revistas e condutas que violem a privacidade, intimidade ou que agridam a liberdade e a dignidade do trabalhador.

7. Referências.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O poder empregatício no contrato de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2639, 22 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17462>. Acesso em: 1 fev. 2013.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP
ISSN 1984 5405

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2008. 1384 p.

BRASIL. Código civil. 46.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. BrasíliaDF: Senado, 1988.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011. 1472 p.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011. 1403 p.

DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 8136-8156. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3657.pdf> acesso em 27/01/2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 304 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I : Parte Geral*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2011, 533 p.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. 927 p.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 2790-2809. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf acesso em 27/01/2013.

ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa. *Os Direitos de Personalidade dos Trabalhadores e a Sua Tutela Jurisdicional*. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. São Paulo, v. 24, n. 279, set. 2012, p.106-122.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. 493 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 928 p.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984 5405

SILVEIRA, Bruno Furtado. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais*.
Direito Público. Porto Alegre, ano 7, n.31, p. 105-113, jan./fev. 2010.