

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

MARA ISABEL GUIMARÃES FOLLETTO

O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO FRENTE  
AO PODER DE COMANDO DO EMPREGADOR

PORTO ALEGRE  
2005

MARA ISABEL GUIMARÃES FOLLETTO

O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E  
O PODER DE COMANDO DO EMPREGADOR

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em Direito (Direito do Estado e teoria do Direito), sob a orientação do professor doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior.

PORTO ALEGRE  
2005

## **AGRADECIMENTOS**

Muitas pessoas foram importantes para a consecução deste trabalho, prestando seu auxílio e apoio de diversas formas, em variados momentos.

No entanto, faço especial agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior, pessoa de reconhecida sabedoria, cordialidade e humanidade, que, apesar da exigüidade temporal, acolheu-me como sua orientanda.

Dentre os professores e funcionários das instituições que pesquisei e amigos, gostaria de destacar o apoio do Prof. Me. e Juiz do Trabalho Francisco Rossal de Araújo, pela solicitude, sugestões, e disponibilidade de sua biblioteca.

À Prof. Me. Simone Crüxen Gonçalves, minha orientadora no curso de especialização em Direito do Trabalho, pelo auxílio com críticas e sugestões, quando da elaboração deste estudo, em sua área de atuação.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sem o qual não teria conseguido vencer esta etapa, nas pessoas do Prof. Dr. César Saldanha Souza Júnior e da Prof<sup>a</sup>. Dra. Cláudia Lima Marques.

Agradeço também a familiares e amigos, que de alguma forma estiveram presentes neste esforço, auxiliando de várias maneiras, para que eu pudesse dedicar-me a este trabalho e em especial ao colega e amigo Dr. Adelar Antônio Cardoso, pelo incentivo nos momentos críticos.

E, enfim, aos funcionários da Secretaria do Curso de Pós-Graduação em Direito e em especial à Sra. Eliane Kusbick, por sua atenção, estímulo e solidariedade nos momentos difíceis.

Aos meus filhos queridos,  
Álison e Letícia, para que jamais  
deixem de perseverar e escalar a montanha de seus sonhos.

O poder, quando abusado, deixa de ser legítimo e degenera em tirania; a liberdade, por sua vez, quando levada a excessos, acaba produzindo os mesmos efeitos.

Benjamin Franklin

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
-------------------------	----

### Parte I

#### **O DIREITO À INTIMIDADE**

1 Definição .....	20
2 Antecedentes históricos .....	27
2.1 Contribuição americana.....	28
2.2 Contribuição europeia.....	31
2.3 Reconhecimento no Direito Brasileiro - legislação infraconstitucional e Constituição Federal Brasileira .....	39
3 Taxionomia do direito à intimidade.....	42
3.1 O direito à intimidade e os direitos fundamentais .....	45
3.2 O direito à intimidade e os direitos da personalidade .....	47
4 Considerações sobre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho .....	51
5 Limitações ao direito à intimidade e o princípio da proporcionalidade	56

### Parte II

## **O DIREITO À INTIMIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

1	O poder de comando do empregador .....	67
1.1	O poder diretivo.....	71
1.2	O poder hierárquico .....	72
1.3	O poder de fiscalização .....	74
1.4	O poder disciplinar .....	75
2	Subordinação .....	79
2.1	Subordinação subjetiva.....	80
2.2	Subordinação objetiva .....	81
2.3	Subordinação e direitos fundamentais .....	83
3	Os limites do poder de comando.....	84
3.1	Generalidades .....	85
3.2	O direito à intimidade do empregado frente ao poder de comando do empregador .....	87
4	Vigilância no ambiente de trabalho .....	93
5	Monitoramento das comunicações eletrônicas .....	96
5.1	Sigilo da correspondência .....	98
5.2	Correio eletrônico (E-mail) .....	99
5.3	Internet .....	103

### **Parte III**

## **O DANO E A REPARAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

1	Dano moral .....	107
1.1	Conceito .....	109
1.2	Dano moral civil e dano moral trabalhista.....	115
1.3	Natureza da responsabilidade por dano moral trabalhista .....	120
2	Reparação do dano moral no ambiente de trabalho .....	122
2.1	Competência .....	124
2.2	Dificuldades para reparação do dano .....	125
2.3	Jurisprudência .....	134
2.3.1	Considerações sobre o caso HSBC .....	134
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	142
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	147
	<b>GLOSSÁRIO</b> .....	158
	<b>ANEXO A</b> – Sentença da 13ª Vara do Trabalho do distrito Federal Processo nº: 13.000613/2000 .....	161
	<b>ANEXO B</b> – Ementa de Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região - RO 054/2002-08-06 .....	176
	<b>ANEXO C</b> – Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista – Proc. nº 613/	

2000-013 - 10-00; Publicação: DJ - 10/06/2005 ..... 179

## INTRODUÇÃO

1. O direito à intimidade, quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade<sup>1</sup>, na acepção atual do termo, teve sua origem doutrinária no direito anglo-americano, através do famoso artigo “*The right to privacy*”, publicado na “*Harvard Law Review*”, em 1890, por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis. A terminologia *right of privacy*<sup>2</sup> do direito anglo-americano é usada para designar o direito à intimidade, mais empregada no direito dos povos latinos.

No entanto, pode-se dizer que há uma distinção, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, separa a intimidade de outras manifestações de privacidade<sup>3</sup>, tais como a vida privada, honra e imagem das pessoas<sup>4</sup>. O legislador

---

<sup>1</sup> O direito à privacidade, enquanto direito de personalidade, traduz aquilo que seria considerado o mínimo para formação da própria personalidade. *In*: FARIAS, Edílson Pereira de. Colisão de direito – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto. Alegre: Fabris, 1996, p. 131.

<sup>2</sup> O anglicismo “privacidade”, criticado por Costa Júnior, provém da expressão “*right of privacy*”. A expressão exata, em bom vernáculo, é privatividade, que vem de privativo e não privacidade. COSTA Júnior, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 93. Segundo o Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, o termo privatividade consta apenas como sinonímia de privacidade, em relação a qual diz que “trata-se de anglicismo de empréstimo recente na língua (talvez década de 1970), sugerindo-se em seu lugar o uso de *intimidade, liberdade pessoal, vida íntima; sossego* etc.”. O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, sequer menciona o termo privatividade, somente privacidade. Assim, sendo majoritário seu uso pelos doutrinadores nacionais, utilizaremos neste estudo o termo privacidade, sem nenhum demérito à língua pátria, uma vez que ele já está aceito e dicionarizado em nossa língua por dois conceituados dicionaristas da língua portuguesa, acima citados.

<sup>3</sup> A privacidade, enquanto direito fundamental, assegura uma garantia jurídico-institucional expressa na Constituição Federal de 1988, requerendo uma abstenção do Estado, ou seja, um não fazer. Relativamente à distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, ver CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa, anot., 3. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 202.

constituente brasileiro preferiu a concepção fracionária dos direitos de personalidade, identificado por Szaniawski, por ser um direito novo. O autor, contudo, prefere a denominação “direito ao respeito à vida privada”, que, segundo ele, é:

Uma tipificação dos direitos de personalidade, um direito subjetivo que consiste no poder de toda pessoa assegurar a proteção dos interesses extra-patrimoniais, de impedir a intrusão, a divulgação e a investigação, na sua vida privada, garantindo a paz, a liberdade da vida pessoal e familiar, criando o dever jurídico em relação a terceiros, de não se imiscuírem na vida privada alheia.<sup>5</sup>

No dizer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, há um diferente grau de exclusividade entre ambas<sup>6</sup>.

A intimidade caracteriza-se como a esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais. Pensamento esposado por René Ariel Dotti<sup>7</sup> e similar ao de Adriano de Cupis<sup>8</sup>, que se refere à intimidade como o

---

<sup>5</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.367.

<sup>6</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. Separata da: Rev. da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 88, p. 442, 1993.

<sup>7</sup> DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 68-69. O autor faz uso indistinto das expressões “direito à vida privada”, “direito à intimidade da vida privada” e “direito à privacidade”, embora admita a não coincidência dos conceitos de “vida privada” e “intimidade”, encontrando-se esta incluída naquela. Nosso modesto entendimento é de que há diferença entre as duas expressões, tendo essa última um grau maior de exclusividade em relação a anterior.

<sup>8</sup> DE CUPIS, Adriano. *Diritto a Riservatezza e segreto*. Torino: Utet, 1957, p. 115 (Novissimo Digesto Italiano).

modo de ser da pessoa, consistindo na exclusão do conhecimento de outrem do que se refira à pessoa mesma.

Sendo o homem um ser social, é na própria sociedade que encontra razão para sua existência e desenvolvimento de suas capacidades e potencialidades. Como tal, possui vários papéis a serem exercidos, uma vez que são pressupostas as relações intersubjetivas. Relações essas exercidas como pai, mãe, filhos, político, esportista e como empregado em inúmeras profissões. Não obstante, o homem, além dessa parte externa aos seus semelhantes, possui também uma outra parte que pode reservar das outras pessoas com quem mantém contato, bem como daquelas que não conhece. É nesse âmbito que o homem necessita e tem o direito de reservar-se à sua intimidade, para poder refletir sobre sua existência entre outras coisas<sup>9</sup>.

Portanto, o direito à intimidade é condição necessária ao ser humano que se preocupa com a evolução de seu aspecto interior. É, também, o último reduto da resistência do indivíduo às forças econômicas, políticas e culturais, que operam no sentido de seu aniquilamento.

Sem dúvida alguma, o exercício desse direito é importantíssimo, como garantidor do desenvolvimento do homem, em toda a sua plenitude, com o direito a preservar um mínimo de privacidade, considerando-se que com o progresso

---

<sup>9</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade de imprensa. Danos por publicação de notícias. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). Constituição Federal de 1988: dez anos. (1988-1998) São Paulo: J. Oliveira, 1999, p. 203.

científico, com a simultaneidade de informações a nível mundial, através da mídia, fez com que também se desenvolvessem inúmeras formas de violar a intimidade do homem, tornando um verdadeiro desafio defendê-la<sup>10</sup>.

Conforme o pensamento de Podestá<sup>11</sup>, pode-se dizer que a proteção à intimidade decorre da própria necessidade de tutelar-se a liberdade, sem a qual o ser humano ficaria aprisionado no mundo da necessidade, nele se aniquilando.

Considerando-se a tutela do direito à intimidade sob esse ponto de vista é que se deve pensar a respeito de um outro direito, do qual é detentor todo aquele que empresaria uma atividade econômica, assumindo todos os riscos a ela inerentes, o poder de comando.

Desde os mais longínquos tempos, aquele que exercia um trabalho e, principalmente, o material, manual, estava sob o jugo de alguém, do mais forte, do vitorioso na batalha, do dono do escravo, do senhor feudal, que lhe dava proteção e à sua família, do soberano, dos donos das fábricas e assim por diante, até nossos dias. Vê-se que o trabalho, do qual aqui se fala, é aquele subordinado a ordens de alguém, dono do empreendimento, que admite, assalaria, controla e assume os riscos do negócio.

---

<sup>10</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade de imprensa. Danos por publicação de notícias. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.) Constituição Federal de 1988: dez anos. (1988-1998) São Paulo: J. Oliveira, 1999. p. 204.

<sup>11</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 205.

O poder de mando, não se modificou muito através dos tempos, uma vez que, apesar da evolução da condição do homem, quanto ao trabalho, de escravo para servo e para trabalhador livre, sua posição subserviente permaneceu intacta.

Muito embora, esse poder tenha se arrefecido no decorrer do Século XX, em virtude do desenvolvimento de uma legislação protetiva em favor do trabalhador, não deixou ele de existir mesmo considerando que, atualmente, existem empregados que têm um tal poder dentro das empresas, fazendo com que suas figuras se confundam com a do próprio empregador.

Outrossim, a legislação evoluiu consideravelmente, trazendo mais benefícios ao empregado e a visão que o empregador passou a ter frente ao mercado de alta competitividade e vertiginosa rotatividade é de que para atingir qualidade, há que tratar melhor também seus empregados. Esse fato, por si só, não reduziu o poder de mando do empregador, no entanto, fez mudar os padrões de sua utilização, obtendo o empregado, por parte daquele, mais respeito e tratamento mais digno de acordo com sua condição de ser humano.

Apesar dessa evolução e da existência de uma legislação marcadamente, protecionista ao empregado, existem muitos empregadores que ainda extrapolam os limites desse poder, violando, inclusive direitos fundamentais do empregado, tais como o direito à intimidade.

A discussão do tema sob o enfoque apresentado neste estudo ainda é bastante incipiente no Brasil, sendo essa a principal razão de seu desenvolvimento, uma vez que o tema a ser abordado, o direito à intimidade, é normalmente contrastado a um outro direito fundamental que é o da informação. Aqui, se evidencia, particularmente, o direito à intimidade da pessoa do empregado frente ao empregador e seu poder de comando.

Além do que já se discorreu sobre a importância do tema, salienta-se também o surgimento de novos conflitos entre empregados e empregadores, cada qual na tentativa de tutelar seus direitos. Daqueles o direito à intimidade e dos últimos o poder de comando, de onde faz surgir a dúvida sobre quais são seus limites, a legislação existente, qual o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito.

2. Utiliza-se como metodologia, uma constante retrospectiva e tomada dos componentes históricos, relativos aos fatos que serviram de suporte para o desenvolvimento do direito constitucional à intimidade, aqui especificamente, quanto à pessoa do trabalhador, e a violação perpetrada, quando do abuso do direito do poder de comando, pelo empregador. Busca-se analisar a evolução do direito fundamental em estudo, de alguém que antes mesmo de ser qualificado como trabalhador, é cidadão e como tal detentor da proteção de seus direitos pelo Estado, evocando-se, da mesma forma, o direito da outra parte, a do empregador, que também é cidadão, igualmente detentor de direitos. Procura-se isolar e fazer exposição dos conceitos jurídicos fundamentais relacionados ao objeto em estudo, confrontando-os e averiguando quais as conseqüências, trazendo possíveis soluções

jurídicas, bem como algumas possibilidades de resoluções até agora alcançadas através da jurisprudência.

Com este propósito, pesquisamos diversos doutrinadores que se dedicaram ao tema, procurando expor tópicos relevantes ao contexto.

3. Para tanto, serão desenvolvidas três partes, sendo que na primeira, será feita explanação sobre o direito à intimidade, sua evolução histórica, sua taxionomia, a influência do Direito Constitucional sobre o Direito do Trabalho, suas limitações.

Na segunda parte, examina-se a questão do poder de comando do empregador, sua origem, a análise da subordinação, os limites do poder de comando. Fazem-se considerações sobre a vigilância no ambiente de trabalho, suas razões para a invasão da esfera da intimidade do empregado, enfim, a abordagem específica do monitoramento do uso dos meios eletrônicos de informação, entre eles o correio eletrônico e a internet.

A seguir, na terceira parte, será analisada a tutela do direito do empregado, suas conseqüências no contrato de trabalho, referentemente à ocorrência de danos, sua natureza jurídica, as dificuldades para reparação do dano moral, as principais polêmicas a respeito e amostragem de alguns posicionamentos jurisprudenciais.

Finalmente, concluiremos expressando nosso pensamento em relação à matéria abordada.

## Parte I

### O DIREITO À INTIMIDADE

#### 1 Definição

São quase insuperáveis as dificuldades para que se apresente uma definição do direito à intimidade e precisão de seu conteúdo. Diversas são as expressões usadas para denominá-lo.

Nos Estados Unidos diz-se *right to privacy* ou *right to be alone*; na França, *droit a la vie privée* ou *droit a l'intimité*; na Itália, *diritto allá riservatezza* e *diritto allá segretezza* ou *al rispetto della vita privata*. Na Espanha, fala-se em *derecho a la intimidad* e *derecho a la vida privada*; em Portugal, direito à proteção da intimidade da vida privada e também direito à zona de intimidade da esfera privada. Na Alemanha, onde foi concebida a doutrina das esferas, são usadas as expressões *Privatsphäre*, *Intimsphäre*, *Geheimsphäre* e *Individuellsphäre*<sup>12</sup>.

Como se depreende das expressões citadas, a maioria dos doutrinadores entende que há distinção entre o que é íntimo e o que é privado. A vida privada, em sentido lato, é dividida em três partes: a esfera privada, a confidencial e a

---

<sup>12</sup> SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.32-33.

esfera do segredo. A primeira, segundo Costa Júnior<sup>13</sup>, compreende todos aqueles acontecimentos que a pessoa deseja que não se tornem do domínio público; a esfera da intimidade é aquela da qual participam apenas as pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém alguma familiaridade e, também, a esfera do segredo, mais restrita ainda.

É de considerar-se também a possibilidade das pessoas jurídicas terem a sua esfera de intimidade. No entanto, a maioria das legislações proclama o direito de forma genérica, deixando o preenchimento do seu conteúdo à apreciação casuística da jurisprudência, de acordo com cada caso concreto e condições das pessoas.

No entanto, observa-se que nem todo interesse de reserva pode ser juridicamente tutelado. Veja-se o exemplo do criminoso, que tem interesse em não ser identificado como autor dos seus crimes, mas como o mesmo é ilegítimo, não o socorre o direito à intimidade.

A intimidade é relacionada ao sentimento das pessoas, do que, a seu juízo, deve ser participado a outros e do que preferem manter sob certa reserva<sup>14</sup>. O direito à intimidade, como um direito autônomo da personalidade, é tutelado em diversos sistemas jurídicos nacionais. Ele possui um duplo caráter. Além de

---

<sup>13</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pg. 31-33.

<sup>14</sup> SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 38.

constituir um direito fundamental, com sua especial proteção no ordenamento jurídico é ao mesmo tempo considerado parte integrante dos direitos da personalidade (essencial à pessoa, inerente a ela mesma e em princípio extra-patrimonial)<sup>15</sup>. Tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que tem toda a pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.

O indivíduo tem o direito de velar por sua intimidade, de reservar-se, de não permitir que sua vida seja desvelada a outrem, mantendo-a protegida da curiosidade pública.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Salienta-se que a idéia de os direitos fundamentais serem inerentes à pessoa humana e a ela essenciais, não é absoluta. Para que se possa entender o estágio atual, sobre a fundamentação filosófica atinente à base dos direitos humanos, entre eles o direito à intimidade, como um direito fundamental, necessário é separar as diversas opiniões em três teses: 1) aqueles que rejeitam qualquer fundamento filosófico (positivismo); 2) aqueles que se mostram céticos quanto à possibilidade da fundamentação filosófica (realismo); 3) aqueles que consideram plausível uma fundamentação filosófica (jusnaturalismo). A tese positivista nega a possibilidade de uma fundamentação dos direitos humanos. A tese realista, consoante Bobbio, coloca a fundamentação dos direitos humanos como um problema secundário, negando a possibilidade de um fundamento absoluto, sob o argumento de que estes são históricos, variáveis no tempo e heterogêneos. E, assim as razões que levariam a justificar uns não serviriam para outros. Entende Bobbio, que o grave problema atual, não é a fundamentação dos direitos do homem e sim sua proteção. *In* BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19-20, 25-26. Trad. do original *L'età dei Diritti*. A tese jusnaturalista, em consonância com o pensamento de Perez Luño, subdivide-se em objetiva, subjetiva e intersubjetiva. Sendo que esta "parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones de las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a um cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos... .Consenso que recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico". A outra, a subjetiva, deve ser compreendida como autoconsciência racional da dignidade, liberdade e igualdade humanas, e assim se encontra na base da melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático, que orienta a fundamentação contemporânea dos direitos humanos. E a objetiva, reúne as correntes doutrinárias que afirmam existir valores ou princípios pertencentes à ordem de valores, regras ou princípios que possuam validade objetiva, absoluta e universal com independência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa. LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, apud FARIAS, Edilson P.- Colisão de Direitos. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996, p. 61- 64.

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, Cláudio Cavalcanti. Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Empr. de Public. Technicas, 1932, p. 125. (Tratado de direito privado, Tomo VII).

Contrapõe-se a essa idéia Paulo José da Costa Jr., que entende que, como o direito à intimidade provém da liberdade, é esta inata, enquanto direito da personalidade. O direito de alguém poder recolher-se à solidão, nada mais é que um efeito do exercício da liberdade. Consiste em fazer ou deixar de fazer<sup>17</sup>.

No entanto, pode-se dizer que a maioria dos direitos da personalidade é inata, não por serem anteriores ou pela sua existência, independentemente, de seu reconhecimento jurídico, mas porque basta o nascimento da pessoa com vida, para que ela tenha tuteladas, pela ordem jurídica, todas as faculdades de que a natureza a dotou, como a vida, a integridade física e psíquica, bem como, o direito a ter um nome, à liberdade, à honra, à intimidade<sup>18</sup>.

Na verdade, este direito, como outros, foi, paulatinamente, perfilado, primeiramente, como direito subjetivo<sup>19</sup> da personalidade, com eficácia prevalente no âmbito privado, para só mais tarde alçar estatura constitucional, cuja primeira conseqüência reside em sua exigibilidade frente aos poderes públicos. O direito à

---

<sup>17</sup> Da mesma forma, que "há quem possa não revelar, porque há quem pode não fazer ...e o que está em contato imediato, inato, com a personalidade é o pensar, é o sentir, é o agir; não o segredo, o velamento". PONTES DE MIRANDA, Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Empr. de Public. Technicas, 1932, p. 126. (Tratado de direito privado, Tomo VII).

<sup>18</sup> SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 19.

<sup>19</sup> A despeito de existirem controvérsias sobre a natureza dos direitos de personalidade, é dominante a corrente que os considera pertencentes à categoria dos direitos subjetivos. Também são quase unânimes os doutrinadores, em admitir que as divergências existentes, são devido à diversidade terminológica desses direitos pelos estudiosos, trazendo uma série de obstáculos para um entendimento uniforme da natureza dessa categoria de direitos subjetivos. In SZANIAWSKI, Elimar, Direito de Personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 44-45.

intimidade deve ser integrante dos direitos da personalidade, em múltipla feição, suscetível de oposição ao próprio Estado, a quem cabe garanti-los, tendo a Constituição Federal criado uma ordem de valores que encontra seu ponto central na personalidade do homem.

As controvérsias doutrinárias acerca da identificação dos direitos da personalidade são inúmeras. Diversas são as denominações que lhe emprestam os autores: direitos individuais (Kohler), direitos sobre a própria pessoa (Windscheid), direitos pessoais (Wachter), direitos de estados (Mulenbruch), direitos originários, inatos, personalíssimos (Orlando Gomes).

O direito à intimidade é uma consequência das novas realidades sociais do mundo moderno contemporâneo. Essa necessidade era desconhecida dos antigos, visto que devia ser escondida da esfera pública por abrigar coisas ocultas aos olhos humanos e impenetráveis ao conhecimento humano<sup>20</sup>. Há necessidade da pessoa humana encontrar na solidão aquela paz e equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de manter-se isolada, se quiser, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da

---

<sup>20</sup> É oculta porque o homem não sabe de onde vem quando nasce, nem tem conhecimento do lugar para onde vai quando morre. Aparentemente, os Mistérios Eleusinos proporcionavam uma experiência comum e quase política de toda essa esfera que, dada a sua própria natureza e embora fosse comum a todos, precisava ser escondida, mantida em segredo contra a esfera pública: todos podiam participar dos mistérios, mas a ninguém era lícito falar deles. (KERENYU, Karl. *Die Geburt der Helena, 1943-45 apud ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 72).*

curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos<sup>21</sup>, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada<sup>22</sup>.

Deflui de tais proposições que o direito à intimidade é um direito fundamental e também um direito da personalidade e, neste sentido, originário, essencial e inerente a todo o indivíduo, exercitável *erga omnes*, imprescritível, irrenunciável. Enfim, que reúne todos os caracteres próprios dos direitos da personalidade<sup>23</sup>, tendo adquirido projeção autônoma em relação aos demais direitos da personalidade, que têm como objeto a integridade moral do ser humano<sup>24</sup>, um direito essencial ao ser humano<sup>25</sup>.

Diz-se que é imprescritível e irrenunciável porque não pode, de forma alguma, desvincular-se de seu titular, sendo considerado personalíssimo, vitalício.

---

<sup>21</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 8.

<sup>22</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, cap. VIII, p. 239.

<sup>23</sup> V CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA. Anais... *La problemática del derecho a la intimidade*, vol. 2. A Filosofia, Hoje. Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 719 ss.

<sup>24</sup> LAFER, Celso. Op. cit., p. 240.

<sup>25</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade imprensa. Danos por publicação de notícias. In: Constituição Federal de 1988. Antônio Carlos Mathias Coltro (coord.) São Paulo: J. de Oliveira, 1999, p. 206.

São manifestações do direito à intimidade: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, ao segredo (doméstico, epistolar, documental, profissional).<sup>26</sup>

Em princípio, os direitos individuais existiam para proteger o indivíduo contra o Estado. Na época vitoriana, o temor consistia em que o público pudesse ter impertinente acesso à vida privada dos membros da elite, como os políticos e os ricos. A realeza britânica, entre outros, segue lutando contra isso.<sup>27</sup>

No entanto, atualmente, é aceita a proteção do indivíduo contra os outros indivíduos ou grupos de indivíduos<sup>28</sup>, uma vez que, com a vigilância eletrônica, essa equação se inverte. Agora, são as vidas dos cidadãos comuns que estão ameaçadas por instituições grandes e poderosas. Na verdade, a prática do confronto da informação de dados tende a situar os mais vulneráveis e aqueles que estão em posição particular de desvantagem em relação às grandes forças burocráticas.

---

<sup>26</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.52.

<sup>27</sup> LYON, David. *El ojo electrónico, el auge de la sociedad de la vigilancia*. Versão espanhola de Jesús Alborés. Madrid: Aliança Editorial, 1995, p. 31-32. Trad. do original: *The electronic Eye. The rise of Surveillance Society*.

<sup>28</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 172.

É importante a tutela da intimidade, especialmente, porque a revelação de certos aspectos das vidas das pessoas pode, muitas vezes, causar discórdia, dor, constrangimento e sofrimento.

As leis de proteção dos Estados Unidos, por exemplo, tendem a referir-se às bases de dados do governo, deixando, praticamente, intactas importantes áreas de vigilância comercial<sup>29</sup>.

É neste contexto que se deve averiguar se é lícito o empregador, valendo-se dos poderes que a situação lhe confere, fazer exigências que exacerbem os limites do poder que detém, tema que passaremos a tratar na segunda parte.

## **2 Antecedentes históricos**

Há quem entenda que a proteção da vida privada foi, judicialmente, acolhida, pela primeira vez, na França, em 16-06-1858, através do julgado do Tribunal Civil do Sena. A irmã de uma artista encarregou dois artistas de desenhá-la, em seu leito de moribunda. O desenho foi abusivamente exposto e colocado à venda num estabelecimento comercial. O Tribunal determinou a apreensão do desenho e de suas várias provas fotográficas. Da decisão constou que, por maior que seja uma artista, por histórico que seja um grande homem, tem sua vida

---

<sup>29</sup> Op. cit., p. 33.

privada distinta da vida pública, seu lar separado da cena e do fórum. Podem desejar morrer na obscuridade, apesar de terem vivido no triunfo<sup>30</sup>.

Vários diplomas internacionais deram importância inequívoca a esse direito. Entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 12 (1948), a Convenção Européia de Proteção aos Direitos e Liberdades do Homem, art. 8º (1950), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 17 (1966), A Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 11 (1969), chamada de pacto de São José da Costa Rica, dos quais o Brasil foi signatário<sup>31</sup>.

Como já mencionado, está previsto, também, em nossa Constituição Federal, no art. 5º, inciso X<sup>32</sup>.

## 2.1 Contribuição americana

Foi, no entanto, nos Estados Unidos, no fim do século XIX, que se sentiu, pela primeira vez, a ameaça que se fazia ao direito que o homem tem, de

---

<sup>30</sup> *Jurisprudence française em matière de droit civil. REV. TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL.* jan. mars. 1971, p.111. *Apud* COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só, 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p.13.

<sup>31</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade imprensa. Danos por publicação de notícias. *In*: Constituição Federal de 1988. Antônio Carlos Mathias Coltro (coord.) São Paulo: J. de Oliveira, 1999, p. 204.

<sup>32</sup> A Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988, manteve as distinções doutrinárias entre a proteção à vida privada e proteção à intimidade da vida privada, já que envolvem dois conceitos diversos, com extensões de tutelas diversas, permitindo a mais ampla proteção do indivíduo, frente a qualquer espécie de atentado. *In* SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.133.

ser deixado a sós (*the right to be let alone or the right in individual to live a life of reclusion in anonimity*), para assegurar a paz da mente (*peace of mind*)<sup>33</sup>. Àquela época, em Boston, a imprensa local preocupava-se sobremaneira em divulgar os mexericos do salão da Sra. Samuel D. Warren, elegante dama, filha de um senador da República e esposa de prestigioso advogado, de *Delaware*, e esposa de prestigioso advogado que escreveu pequena obra a respeito do assunto, em parceria com seu companheiro de banca, L. D. Brandeis, que depois veio a ser um dos mais famosos juizes da Suprema Corte Americana. *Mss. Warren* tinha o costume de dar grandes festas, na residência do casal, em Boston, as quais eram acompanhadas pelos jornais locais, em especial a revista *Saturday Evening Gazette*, descrevendo detalhes extremamente pessoais e desagradáveis. O ápice da indignação de *Warren* deu-se com o casamento de uma de suas filhas<sup>34</sup>.

Neste trabalho, deram os autores ênfase especial à necessidade de proteção da privacidade das pessoas contra os excessos da imprensa, que, seguidamente, praticava atentados contra a vida privada, divulgando fatos sobre a esfera íntima das pessoas<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> MUSATTI sustenta que o direito à intimidade é uma espécie de premissa geral, um antecedente natural da personalidade e da capacidade jurídica, um *apriori* da própria personalidade. *Appunto sul diritto alla riservatezza.*, p. 185 ss. In De Cupis, Adriano. *I diritti della personalità. TRATTATO DI DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE*. Milano, 1959, v. 4, tomo 1, p. 298, nt. 180. Cicu e Messineo consideram exagerada a concepção e sustentam: o *diritto alla riservatezza* é uma manifestação essencial da personalidade (precisamente um direito essencial), mas não uma premissa da personalidade. *Idem*, *ibidem*, p.14.

<sup>34</sup> WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5. Boston, dec. 1890, p. 193-220.

<sup>35</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 154.

Foi apresentado, em 1902, à Corte americana o primeiro caso de violação do direito à intimidade, que rejeitou por quatro votos contra três. A opinião pública americana, porém, colocou-se por inteiro ao lado dos juízes vencidos e a Suprema Corte acabou reconhecendo o direito à intimidade. Hoje, a quase totalidade dos Estados americanos o proclama. E o *American Law Institute*, na sua codificação oficiosa de delitos e quase-delitos civis, acolheu, em seu art. 867, a tutela à intimidade<sup>36</sup>. Nos Estados Unidos, onde impera o sistema da *common law*, com maior facilidade, o direito se adapta às conquistas e às exigências, sempre mutáveis da vida moderna.

No início da década de 70, os vizinhos de determinada pessoa, residente na Califórnia, Estados Unidos, ao revolverem sua lata de lixo, suspeitaram de que lá houvesse vestígios de tóxicos, pelo que solicitaram a intervenção da polícia. De fato, após o exame dos detritos, verificou-se que se tratava de substâncias entorpecentes. Com base na prova colhida e na lei, o juiz criminal condenou-o. A Suprema Corte da Califórnia, porém, entendendo que a lata do lixo constitui um apêndice da economia doméstica, reformou a sentença condenatória, pois a prova que a lastreava havia ofendido a privacidade alheia.

---

<sup>36</sup> Determina o dispositivo que não se venha, sem motivo razoável, a violar seriamente o direito de outra pessoa de não revelar sua vida privada a terceiros.

Nos Estados Unidos, ao contrário dos países europeus, dá-se mais ênfase ao direito de informação do que ao *right of privacy*<sup>37</sup>, quando se trata de pessoas de vida pública<sup>38</sup>.

A Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece a existência de um *right to privacy* ou garantia de certas esferas de privacidade contidas, virtualmente, na Constituição. A doutrina dominante entende que tal direito consiste no dever de respeito ao segredo e à liberdade que todo o indivíduo possui nas suas relações com o próprio Estado, que tem o dever de respeitar esse direito que toda pessoa possui. Para a jurisprudência americana, predominantemente, o *right of privacy* é considerado como um direito fundamental do homem, um direito natural<sup>39</sup>.

## 2.2 Contribuição Européia

---

<sup>37</sup> O direito ao respeito à vida privada, genericamente entendido, é bem mais amplo do que o *right to privacy* americano. Neste, não se compreende o direito ao segredo, em especial, o direito ao sigilo das comunicações, que é regulado por normas diversas. O *right to privacy* pode ser resumido, segundo reiterada jurisprudência da Suprema Corte americana, como o direito de toda a pessoa tomar sozinha as decisões na esfera de sua vida privada. Exemplo disso é um aresto da Suprema Corte, de 1972, que declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Massachusetts que proibia a venda ou doação de anticoncepcionais a quem não fosse casada. Referiu um dos juízes, no julgado, que a citada lei violava o *right to privacy* dos cidadãos, que consiste no direito de cada indivíduo, casado ou solteiro, de ser livre de toda a intrusão do governo em assuntos que venham a afetar, fundamentalmente, uma pessoa, que possui a livre decisão de querer ou de não querer uma criança. SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 155.

<sup>38</sup> A respeito disso foi o caso do candidato a presidencial, pelo Partido Democrata, Gary Hardt, que foi fotografado em um encontro com sua amante, num fim-de-semana, enquanto sua esposa viajava. Além de ter sido amplamente divulgado pela imprensa de todo o mundo, teve como mais grave consequência a renúncia à sua candidatura à presidência da república. Não foi considerada a divulgação pelo jornal que forneceu a primeira notícia como um ato atentatório à vida privada de Gary Hardt. SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 154.

<sup>39</sup> Idem, ibidem, p. 156.

Na Europa, a necessidade de tutelar a intimidade fez-se sentir anos depois.

A Alemanha, após longa elaboração doutrinária, enfrentou o problema, quando da elaboração do Projeto de 1962, no qual dedicou todo o título sétimo às agressões provocadas na esfera da vida privada. O texto normativo constitui resultado dos estudos realizados na Alemanha, a respeito da tutela da vida privada contra indiscrições e interferências arbitrárias, principalmente, por ocasião do 42º Congresso Jurídico, realizado em Düsseldorf, em 1957. Adota a teoria do direito geral de personalidade, o qual protege a intimidade da vida privada das pessoas, tutelando-a contra a intrusão alheia, por intermédio de fotos, filmagens, escutas e gravações clandestinas de conversações, a violação da vida íntima das pessoas contra a realização de fotografias de momentos de sua vida, sem a devida autorização, enfim, de toda e qualquer perturbação da esfera íntima de uma pessoa. O fundamento desse direito está nos artigos 1º e 2º da Constituição de Bonn, sendo um direito fundamental, e na evolução jurisprudencial da atuação do Tribunal Federal (*Bundesgericht*)<sup>40</sup>. Os indivíduos podem, portanto, quando houver um grave atentado à personalidade, ir ao Tribunal Constitucional, (*Verfassungsgericht*) para obter a sua tutela, por intermédio de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

---

<sup>40</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 174.

A jurisprudência alemã, em relação à proteção da vida privada, encontra-se edificada sobre a teoria das esferas de Hubmann, que classificou o direito geral de personalidade em três círculos concêntricos, dentro dos quais se desdobraria a personalidade humana. Tem-se, a partir de sua teoria, a esfera íntima (*Intimsphäre*), que consiste na proteção do indivíduo em sua própria pessoa, aquela em que o mesmo pode manter-se em total segredo diante da coletividade. Dá-se em grau absoluto.

No entanto, o fato de alguém ceder a público, propositadamente, fatos de sua vida íntima não se confunde com o direito à intimidade da vida privada do homem público. Esse também possui uma esfera íntima que o protege, em grau absoluto, da curiosidade pública. Para solucionar o conflito entre o direito à intimidade da vida privada do homem público frente ao direito da liberdade de imprensa e de informação ao público tem sido aplicado o princípio da adequação social, consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, o Direito alemão reduz a questão, quando da revelação ao público, de uma ou outra circunstância da vida privada, que cumpra uma função útil. Também se verifica se há existência de desproporção entre a lesão dos interesses pessoais do indivíduo e a finalidade da publicação. A aplicação do princípio da adequação social exige que se pesem os interesses em conflito e se faça a apreciação dos comportamentos humanos em função da norma de civilidade.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 181.

A outra esfera, a secreta (*Geheimsphäre*) está ligada a anterior, sendo mais ampla do que a esfera íntima, pois nela participam indivíduos que conhecem determinados segredos da pessoa e fazem parte de seu cotidiano.

E, por último, a esfera privada (*Privatsphäre*), que é mais ampla que as esferas anteriores, na qual proibi-se a divulgação de fatos cujo conhecimento pertence a um determinado círculo de pessoas que não participem, necessariamente da vida do indivíduo e que conheçam seus segredos, ficando de fora apenas a coletividade, sem nenhum vínculo à vida dessa pessoa<sup>42</sup>.

Além das mencionadas esferas, há ainda a esfera da atividade profissional (*Beruflichsphäre*), que tem o objetivo de proteger o direito de personalidade do indivíduo da apresentação pública, contra sua vontade, no desempenho de sua atividade profissional.

O Tribunal Constitucional tem aplicado em seus julgados a teoria das esferas de Hubmann, na proteção da dignidade do homem diante do conhecimento não desejado, de fatos seus, pelo público. Baseado na classificação de Hubmann, ele divide a esfera individual, de acordo com a intensidade da defesa, considerando, na prática, a distinção entre a esfera íntima e a esfera privada, por não possuir essa última um grau absoluto de proteção, assim como o possui a primeira. No entanto, pode ocorrer uma ponderação, em alguns casos,

---

<sup>42</sup> Idem, ibidem, p. 174-178.

verificando-se um sacrifício da proteção da personalidade de um indivíduo, em detrimento de elevados interesses de informação pública da coletividade. A medida que estabelecerá a preponderância entre os interesses será a legalidade ou ilegalidade dos meios de obtenção da informação fornecida<sup>43</sup>.

Pode-se dizer que a violação do direito, quanto ao respeito da vida privada, se enquadra entre os casos de indiscrição, de acordo com a jurisprudência e a doutrina alemã. O fato de alguém não ser reservado, de não observar a guarda de um segredo, é indiscrição, que consiste em abuso de confiança. É uma lesão praticada contra alguém, através da divulgação, não autorizada, de sua personalidade a outrem.

Ao contrário dos países latinos, que só admitem a constituição de um atentado contra o direito ao segredo através da publicação não autorizada de escritos, desde que confidenciais, os países de língua alemã dispensam tal requisito, por entenderem ser a noção de confidência, excessivamente, subjetiva<sup>44</sup>.

Na Itália, as primeiras manifestações da indiscrição ilícita foram sentidas quando da tentativa de publicação de seriado dos amores de Benito Mussolini e Claretta Petacci, *Il grande amore*, e da exibição de dois filmes, *Caruso*, *leggenda di una voce* e *Il grande Caruso*. Inicialmente, a sustentação, quanto ao

---

<sup>43</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 182.

<sup>44</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 179-180.

filme, foi de que era de interesse público que fosse difundido o conhecimento das particularidades das pessoas célebres, bem como dos episódios alusivos à sua vida, mesmo íntima, decisão confirmada também pelo Tribunal de Roma. No entanto, o Tribunal de Apelação da capital italiana entendeu que:

A reprodução da imagem de pessoa célebre sem o seu consentimento é ilícita não somente quando ofenda a honra, a reputação e o decoro da pessoa, mas também quando se destine unicamente a satisfazer a curiosidade alheia.<sup>45</sup>

Relativamente à publicação seriada que propunha revelar os episódios secretos dos amores do ex-ditador, decidiu o Tribunal de Milão que:

Nem mesmo a pesquisa e a crítica histórica consentem o sacrifício do direito pessoal à intimidade, ainda que se trate de pessoas pertencentes à vida pública de um país, devendo-se respeitar o segredo de sua vida íntima.

Decisão essa confirmada pelo Tribunal de Apelação de Milão, tendo sustentado que:

A pessoa dispõe de um direito à intimidade, não sendo lícita, portanto, a publicação desprovida do consentimento da pessoa e, após a morte, de seus parentes próximos. A tutela de tal direito será limitada pelo interesse público somente quando subsista um liame incindível entre as aventuras da pessoa e os acontecimentos públicos, ou então, por necessidade de justiça e de ordem pública.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1995, p.16.

<sup>46</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1995, p.16-17.

A Grã-Bretanha não possui normas que tutelem expressamente o direito à vida privada, em seu ordenamento jurídico. O Direito inglês não possui o *right of privacy* dos americanos. No entanto, as pessoas têm amparo para defender-se de atos atentatórios contra sua intimidade através do *Justices of the Peace Act*, de 1361. Não obstante, o *Justices of Peace Act* limita-se à cessação do atentado à vida privada alheia, não tendo o condão de obter reparação ao atentado já praticado.

Embora haja intensa preocupação do governo com os crescentes atentados à intimidade alheia e a total falta de proteção das vítimas, os estudos por ele impulsionados não trouxeram maiores contribuições à proteção da vida privada na Grã-Bretanha. O fundamento primordial para que o assunto não fosse adiante é de que não havia lugar na Inglaterra para o reconhecimento de um direito geral ao respeito à vida privada, uma vez que aquele se defrontaria com o direito da liberdade de imprensa e o direito à crítica.

Apesar de continuar existindo a preocupação com a espionagem clandestina da intimidade alheia, as idéias que têm surgido, vêm sendo recebidas de maneira muito tímida<sup>47</sup>.

Da década de sessenta para cá, vários países inseriram ou alteraram suas legislações penais, com artigos destinados à tutela da intimidade. A Itália, em

---

<sup>47</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 163-164.

1974, a Alemanha, em 1967, a Áustria, em 1965, a Suíça, em 1968, Portugal, em 1982.

Com o advento da era tecnológica, o devassamento da vida privada tornou-se mais inquietante, bem como o processo de corrosão das fronteiras da intimidade. O que se verifica, na realidade, é um desvirtuamento do propósito dos inventores, cientistas e pesquisadores. No entanto, as investigações desenvolvidas a respeito desse problema evidenciam que o aumento da espionagem privada e a intromissão na intimidade alheia têm sido estimulada e facilitada pelos recursos tecnológicos. Com efeito, existe, atualmente, um arsenal de engenhos que têm sido franqueados aos interessados em penetrar à distância e furtivamente, no espaço privado de terceiros: sistemas de televisão, aparelhos de interceptação telefônica, câmaras fotográficas e gravadores de minúsculas dimensões, correio eletrônico, uma lista infindável<sup>48</sup>. Há lojas especializadas de artigos do gênero, o que só se justifica pelo crescimento da demanda dos mesmos<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Em 1948, ano em que foi inventado o transmissor, as Nações Unidas declararam como um dos direitos humanos que “nada deve ser submetido à interferência arbitrária em sua intimidade, lar ou correspondência”. Não obstante, trinta anos depois, com o aparecimento do *microchip*, já era profusamente empregado armazenar e processar dados pessoais, pelos governos e outras organizações importantes, sendo considerado como ameaça à intimidade. LYON, David. *El ojo electrónico - el auge de la sociedad de la vigilancia*. Versão espanhola de Jesús Alborés. Madrid: Aliança Editorial, 1995, p. 35. Trad. do original: *The electronic Eye. The rise of Surveillance Society*.

<sup>49</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só. 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26-27.

O desejo de subtrair as nossas experiências íntimas do controle do mundo exterior, interiorizando-as, justifica-se pelo fato de haver um anseio, no ser humano, por uma personalidade independente.

Os direitos que se destinam à proteção da esfera individual servem à proteção da personalidade, dentro da vida pública. Na proteção da vida privada, ao contrário, cogita-se da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior. Assim, estabelece-se a diferença entre a esfera individual (proteção à honra) e a esfera privada (proteção contra a indiscrição).

No entanto, se o direito é único e seu bem tutelado é o mesmo, a diferença que existe é na modalidade de agressão. Trata-se de dois momentos do mesmo direito. De um momento antecedente, de reação à interferência ilícita na intimidade. E de um momento subsequente, de repulsa à divulgação indevida da intimidade legitimamente alcançada. O primeiro momento seria constituído pela interferência ou intromissão. E o momento subsequente pela divulgação das notícias, nem sempre obtidas de modo clandestino ou abusivo.

### **2.3 Reconhecimento no Direito Brasileiro – legislação infra-constitucional e Constituição Federal Brasileira**

A primeira referência explícita, na legislação brasileira, ao direito de intimidade é o art. 49 da Lei 5.250/67 – a Lei de Imprensa<sup>50</sup>. O Novo Código Civil, elaborado por comissão presidida pelo eminente jurista Miguel Reale, ao cuidar dos direitos da personalidade, também contempla o direito à intimidade<sup>51</sup>. Pode citar-se também a Lei 7.232/1984, que dispõe sobre a política nacional de informática, estabelecendo entre seus princípios, a proteção ao sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas (art. 2º, VIII).

Mas, somente em 24 de janeiro de 1992, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entrando em vigência em 24-04-1992<sup>52</sup>. Tal Pacto, embora datado de 1966, entrou em vigor apenas em 1976, tendo atingido nesse ano o número mínimo de ratificações.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, com restrições.

---

<sup>50</sup> Esta lei estabeleceu a responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação, se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público. LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, cap. VIII, p. 240.

<sup>51</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 212 – A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p.164.

Apesar da força coercitiva desses documentos, lembra-se que, no Brasil, os tratados internacionais não têm força obrigatória e vinculante, antes de serem incorporados ao Direito interno. Nesse sentido, a manifestação reiterada do Supremo Tribunal Federal. Ademais, prevalece, na mesma Corte, o entendimento de que o tratado internacional equipara-se, juridicamente à lei federal, não importando sua natureza. Há controvérsias quanto a este entendimento, entre vários doutrinadores de Direito Constitucional, não sendo oportuna, no momento, sua discussão.

Após a Constituição de 1988, em seu art. 5º, X, com a declaração de que são invioláveis a intimidade e a vida privada, esse direito ganhou relevância, inclusive com previsão de indenização, material e moral, pela sua violação.

A doutrina brasileira não estabelece distinções em graus ou esferas como o faz a alemã.

O Novo Código Civil dispõe algumas regras de proteção à privacidade das pessoas, mas com alguns requisitos, como expressam os artigos nº 20 e nº 21, como segue:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

No Código de Processo Civil, encontram-se, também algumas disposições que tutelam o respeito à vida privada. Veja-se o artigo 347 que faculta à parte não depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe sejam imputados ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. O artigo 363 possibilita à parte e terceiro escusarem-se a exhibir documentos ou coisas em juízo, em situações que concernem a negócios da própria vida familiar ou que vá redundar em prejuízo à sua honra ou a de seus parentes ou afins até terceiro grau, entre outros. Há também o resguardo ao segredo, em relação ao estado e profissão. No artigo 406, verifica-se, igualmente, a proteção quanto à intimidade da testemunha, não sendo esta obrigada a depor, em relação a fatos que lhe acarretem graves danos, bem como a seu cônjuge e parentes consangüíneos em linha reta, ou colaterais até o segundo grau, bem como preserva o sigilo, em caso de estado ou profissão<sup>53</sup>.

### **3 Taxionomia do direito à intimidade**

Antes de se identificar onde está inserido o direito à intimidade, faz-se breve relato sobre os direitos fundamentais e suas funções. Segundo Bonavides<sup>54</sup>, a

---

<sup>53</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 183-185.

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. 2. ed. S. Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 182.

teoria dos direitos fundamentais tem sua origem no surgimento do Estado liberal<sup>55</sup>, de cunho individualista. Nessa sociedade liberal, os direitos fundamentais eram os direitos da liberdade, relativos à liberdade pessoal, à propriedade, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à liberdade de opinião, entre outras. No dizer de Bobbio<sup>56</sup>, essa foi a primeira fase do desenvolvimento desses direitos, firmando-se nos direitos de liberdade, ou seja, aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado.

No entanto, como bem coloca Oliveira Júnior, já em 1215, com a Magna Carta, estabeleceu-se um princípio fundamental, que o costume e a lei deveriam erguer-se acima do próprio rei, significando que o governo doravante deveria significar algo mais do que o domínio arbitrário de qualquer homem<sup>57</sup>.

A consciência clara e universal de que tais direitos são próprios dos tempos modernos, não supõe que o homem medieval não tivesse direitos fundamentais. Ocorre que na Idade Média conheciam-se direitos estamentais, ou seja, direitos próprios dos estamentos, dos estados e ordens em que aparece estratificada a sociedade feudal. Ressalta-se, entretanto, que apesar da existência de algum

---

<sup>55</sup> Neste sentido, também PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derecho y derechos fundametales*. Madri: Didot, 1993, p.325.

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32. Trad. do original *L'età dei Diritti*.

<sup>57</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Teoria Jurídica e os direitos novos. Rio de Janeiro: Lumens Júri, 2000, p. 140.

embrião quanto a esses direitos, na Idade Média, não é próprio usar-se a expressão direitos fundamentais, situando-os lá, uma vez que as idéias de dignidade, de liberdade e de igualdade se encontram na história antes do Renascimento, mas não se formaram como direitos até o mundo moderno<sup>58</sup>.

O desenvolvimento do Estado moderno, juntamente com o relaxamento dos vínculos estamentais foi o que colocou em termos novos o problema da limitação do poder do Estado, que em uma primeira fase era praticamente o poder da Coroa, em sua relação com os súditos enquanto indivíduos<sup>59</sup>.

A expressão direitos fundamentais aparece na França, em 1770, no movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A expressão alcançou relevo na Alemanha, sob o título de *Grundrechte*, articulou o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política<sup>60</sup>. Devido à restrita vigência dessa constituição, restou enquanto conceito constitucional operativo praticamente inédito. No constitucionalismo alemão, a expressão foi usada, após a Primeira Guerra Mundial, pelo constituinte de Weimar, na segunda parte, com o título de "Direitos Fundamentais e Deveres Fundamentais dos alemães". Assim, o

---

<sup>58</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derechos y derechos fundamentales*. Madri: Didot, 1993, p. 327.

<sup>59</sup> VIDE, Carlos Rogel. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades publicas*. Zaragoza: Cometa, 1985, p. 98 (*Studia Albornotiana*, dir. Evelio Verdera y Tuells, XLVI).

<sup>60</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1995, p.30.

constituente da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, voltou a utilizar-se da expressão direitos fundamentais na primeira parte da mesma. Somente a partir daí consolidou-se a expressão, convertendo-se também no conceito de referência da doutrina alemã, adquirindo dimensão européia<sup>61</sup>.

Portanto, o conceito de direitos fundamentais é recente, muito embora seja antigo o problema, pois os direitos existiram no Estado Constitucional muito antes de serem direitos fundamentais. Nasceram os direitos fundamentais como um limite ao poder do Estado, para garantir um âmbito de autonomia e liberdade ao indivíduo burguês<sup>62</sup>.

### **3.1 O direito à intimidade e os direitos fundamentais**

Assim, grande parte da doutrina entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. Para alguns, os direitos fundamentais seriam aqueles princípios que resumem a concepção do mundo e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Há também uma tendência do uso da denominação de direitos fundamentais para

---

<sup>61</sup> ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*, 4. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p.242.

<sup>62</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*. Madri: Didot, 1993, p.328.

designar os direitos humanos positivados a nível interno<sup>63</sup>, sendo a expressão direitos humanos mais usual no plano das declarações e convenções internacionais<sup>64</sup>.

É fato que os direitos evoluem e sua emergência está intrinsecamente ligada aos avanços tecnológicos e científicos<sup>65</sup>. Consoante diversos doutrinadores, entre eles Canotilho, Bobbio, Bonavides, Oliveira Júnior, Wolfgang Sarlet, etc., essa evolução dos direitos sucedem-se em gerações ou dimensões<sup>66</sup>.

Deve-se isso, justamente, ao que Bobbio chama de uma classe variável de direitos, ou seja, um elenco de direitos em contínua modificação, dependendo das necessidades, dos interesses, das classes no poder, das disponibilidades para realização dos mesmos, transformações técnicas, etc<sup>67</sup>. No entanto, há convergência quanto à existência de algumas gerações de direitos fundamentais. Bobbio, por exemplo, entende que há três ou quatro gerações. Nas primeiras

---

<sup>63</sup> Segundo Peces-Barba, obtém-se um maior benefício, estipulando que os direitos fundamentais se referem àqueles direitos recepcionados pelo direito positivo. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*. Madri: Didot, 1993, p. 324.

<sup>64</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1995, p.31.

<sup>65</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. *Teoria Jurídica e os direitos novos*. Rio de Janeiro: Lumens Júri, 2000, p. 165.

<sup>66</sup> Há discordância entre os vários estudiosos do assunto, quanto à preferência do termo gerações ou dimensões, no entanto, entendo que ela reside apenas na terminologia, havendo consonância no sentido que os direitos fundamentais encontram-se em processo permanente de expansão e fortalecimento. Nos fixaremos no uso do termo gerações sem adentrar nas questões semânticas e terminológicas, por afastar-se do objetivo deste estudo.

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18. Trad. do original *L'età dei Diritti*.

estão inseridos os direitos de liberdade, exigindo um não-agir do Estado; nas segundas, os direitos sociais, exigindo uma ação positiva do Estado; nas terceiras, que ele considera, ainda uma categoria excessivamente heterogênea e vaga, insere os movimentos ecológicos, o direito ambiental; e as novas exigências que se apresentam, entre elas a pesquisa biológica, a manipulação do patrimônio genético dos indivíduos, segundo ele, só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração<sup>68</sup>.

Todavia, fala-se já em cinco gerações de direitos fundamentais, a primeira, dos direitos individuais; a segunda, dos direitos sociais; a terceira, dos direitos transindividuais, ou dos direitos coletivos e difusos; a quarta, dos direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, dependendo de uma prévia discussão ética; e a quinta geração, dos direitos da realidade virtual, originários do grande desenvolvimento da cibernética<sup>69</sup>.

Após esse sucinto relato sobre o desenvolvimento dos direitos, podemos dizer que o direito à intimidade está situado entre os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, aqueles direitos do indivíduo frente ao Estado. Inicialmente, os direitos aqui inseridos eram os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Posteriormente, foram complementados por um leque de liberdades, tais como, a liberdade de

---

<sup>68</sup> Idem, *ibidem*, p. 6.

<sup>69</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. *Teoria Jurídica e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2000, p. 165-166.

expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação, etc., bem como, os direitos de participação política. Denota-se que são direitos civis e políticos<sup>70</sup>.

### 3.2 O direito à intimidade e os direitos da personalidade

Existem certos direitos sem os quais a personalidade não seria além de uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de qualquer valor concreto; direitos sem os quais todos os demais direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo: o que equivale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São estes chamados direitos essenciais, com os que se identificam plenamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade<sup>71</sup>.

A personalidade ou capacidade jurídica é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. A personalidade não se identifica com os direitos e obrigações jurídicas, mas constitui precondição deles, isto é, com seu fundamento e pressuposto. O homem, enquanto ser social, não deixa de ser indivíduo, devendo, portanto, ser considerado como tal nas relações com os outros indivíduos.

Todos os direitos, à medida que são destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se de direitos da personalidade. No entanto, na linguagem jurídica, essa

---

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998, p. 54.

<sup>71</sup> DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano, 1959, v. 14, p. 13. (*Trattato di diritto civile e commerciale*, tomo 1). (Trad. livre)

designação é reservada aos direitos subjetivos, que constituem o *minimum* necessário e imprescindível à personalidade<sup>72</sup>. Os direitos subjetivos são a dimensão do direito como faculdade de agir, reconhecida a vontade dos particulares<sup>73</sup>.

Para quem sustenta que os direitos subjetivos são a expressão de todos os atributos da personalidade, os direitos humanos constituiriam uma subespécie daqueles; seriam os direitos subjetivos diretamente relacionados com as faculdades de autodeterminação do indivíduo. No entanto, considerando-se que os direitos subjetivos podem extinguir-se por via de prescrição ou transferência e as liberdades que se derivam dos direitos humanos são, em princípio, inalienáveis e imprescritíveis, ambos os termos não se identificam. Quanto a essa colocação, há a objeção ponderando que a existência de determinados direitos subjetivos personalíssimos também devem ser considerados inalienáveis e imprescritíveis. Tal óbice carece de fundamentação, entendendo Perez Luño, ser uma compreensão defeituosa da concepção jurídico-positiva estrita dos direitos subjetivos, a teor da qual não inclui os direitos da personalidade, pois possibilidade de renúncia, transferência, etc., nessa concepção, são características dos direitos subjetivos<sup>74</sup>.

Muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por exemplo o direito de cidadania), os direitos

---

<sup>72</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p.31.

<sup>73</sup> Idem, ibidem, p. 24-25.

<sup>74</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p.32.

sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade e intimidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes à pessoa como ser. Contudo, atualmente, dada à interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como "direito de vir a ser", cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa<sup>75</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjetivos. Essa autonomia deriva tanto do caráter de essencialidade que lhe é próprio, quanto da configuração particular do objeto<sup>76</sup>.

A essencialidade dos direitos tem a ver com as mudanças do modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade. Com a repercussão dessa concepção sobre o ordenamento jurídico, os direitos da personalidade adquirem uma figura positiva. Assim, o atributo da essencialidade adquire um valor jurídico positivo integral. Por isso, os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo, tanto quanto os outros direitos subjetivos. Conseqüentemente, não é possível denominar os direitos da personalidade, como direitos inatos, no sentido de direitos relativos, por natureza, à pessoa<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.394.

<sup>76</sup> DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano, 1959, v. 14, p. 34-35. (*Trattato di diritto civile e commerciale*, tomo 1).

<sup>77</sup> Idem, *ibidem*, p. 24-25.

A honra, a intimidade e a própria imagem tem sido consideradas pela teoria jurídica tradicional como manifestações dos direitos da personalidade e no sistema atual dos direitos fundamentais como expressões do valor e da dignidade humana. Sendo que essa constitui não só a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, mas implica também a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo<sup>78</sup>.

#### **4 Considerações sobre o direito Constitucional e o Direito do Trabalho**

As constituições da fase contemporânea da história, além de inserirem direitos fundamentais, passaram a cuidar do homem social ao lado do homem político<sup>79</sup>.

A primeira constituição a inserir em seu texto, direitos para o trabalhador foi a Suíça, em 1874. A Constituição Francesa (1848), de curtíssima vigência, também aludiu ao direito do trabalho, todavia, não estabeleceu, objetivamente, um elenco de direitos para o trabalhador<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. 5. ed. *Madri: Editorial Tecnos*, 1995, 30-31.

<sup>79</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. 2. ed. (ampl. e atual.) *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.13.

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*, p.13.

Salienta-se que a constitucionalização do Direito do Trabalho, iniciou a estabelecer-se efetivamente, somente a partir de 1917, com a Constituição Mexicana, em 1919, e com a Constituição Alemã, base da República de Weimar<sup>81</sup>.

Atualmente, quase todas as constituições consagram os direitos sociais para todas as classes populares e os direitos dos trabalhadores<sup>82</sup>.

No entanto, pode-se dizer que a grande fonte das constituições aprovadas entre as duas grandes guerras foi o Tratado de Versailles, que enumerou os princípios fundamentais do Direito do Trabalho e instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o fim de realizar estudos e elaborar convenções e recomendações destinadas a universalizar a justiça social<sup>83</sup>.

A ascensão do econômico-social ao plano jurídico-constitucional nada mais é do que uma tentativa de adaptar os textos às novas realidades, em constante processo de mudança sócio-cultural<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> JUCÁ, Francisco Pedro. A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais. São Paulo: LTr, 1997, p.37.

<sup>82</sup> Idem, ibidem, p.37.

<sup>83</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. 2. ed. (ampl. e atual.) Direito constitucional do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.14.

<sup>84</sup> Idem, ibidem, p. 17.

Essa disciplina, a nível constitucional das relações econômicas de trabalho, é também chamada de constitucionalismo social, capaz de preservar a dignidade humana nos parâmetros contemporâneos, indo além da sobrevivência física, projetando-a com dignidade, com uma concepção integral da vida social, em que se incluem os bens da vida econômica, o emprego, a renda. O constitucionalismo social, fenômeno amplamente conhecido da inserção nos textos constitucionais dos direitos sociais, em sentido amplo, teria dado origem ao direito constitucional do trabalho, ou seja, o conjunto de normas e princípios constitucionais concernentes à proteção dos direitos dos trabalhadores<sup>85</sup>.

A constituição é a sublimação da normatividade e, portanto, conceitualmente é fonte direta e matriz de todos os ramos do direito. Traz consigo o respeito da proteção constitucional, incorporando-se à própria estrutura do Estado<sup>86</sup>. Sua estrutura normativa é dada por um sistema interno de princípios e regras jurídicas. Este sistema é ordenado segundo uma escala hierárquica, não em função dos valores das normas em si mesmas consideradas, mas tendo em vista o grau de densidade que cada qual oferece. Quanto mais geral o conteúdo, tanto maior a necessidade de concretização da norma<sup>87</sup>.

Os direitos fundamentais, dos quais se fez menção anteriormente, têm funções, estando inseridos no texto constitucional, são de suma importância para o assunto em

---

<sup>85</sup> JUCÁ, Francisco Pedro. A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais. São Paulo: LTr, 1997, p. 39.

<sup>86</sup> JUCÁ, Francisco Pedro. A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais. São Paulo: LTr, 1997, p. 35.

<sup>87</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Jurídica, 2000, p. 89.

destaque, mormente, porque nossa atual Constituição, promulgada em outubro de 1988, trouxe mudanças significativas no campo dos direitos sociais, passando esses a integrar o rol de direitos e garantias fundamentais.

Consonante a doutrina de Canotilho<sup>88</sup>, os direitos fundamentais têm quatro funções, quais sejam: a função de defesa ou de liberdade; a de prestação social; a de proteção de titulares de direitos fundamentais perante terceiros e a de não-discriminação.

A primeira função, de defesa ou de liberdade, sobretudo dos direitos, liberdades e garantias, é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Essa função de defesa dos direitos dos cidadãos é cumprida sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A segunda função é a de prestação social, ou seja, o direito do particular de obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social).

A terceira função é a de proteção de titulares de direitos fundamentais perante terceiros. Nesse sentido, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida diante de eventuais agressões de outros indivíduos, o direito à inviolabilidade de domicílio, o direito

---

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 405-408.

de proteção de dados de informática, o direito à intimidade, o direito de associação, etc. Assim, da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado em adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais, frente a atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos, praticadas por terceiros. Diferentemente do que ocorre com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública), mas entre o indivíduo e outros indivíduos.

A função de proteção de terceiros obrigará também o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas relações a observância dos direitos fundamentais (aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas).

E, por último, a função de não discriminação, sendo essa uma das funções desses direitos mais acentuada. A partir do princípio de igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como iguais. Essa função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdade e garantias pessoais, como aos direitos de participação política, bem como, aos direitos dos trabalhadores. Amplia-se, da mesma forma, aos direitos a prestações<sup>89</sup>.

Conclui-se, portanto, de suma importância a constitucionalização dos direitos sociais para a eficácia dos direitos destinados aos trabalhadores, mas também não se deve

---

<sup>89</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 405-408.

olvidar que além de trabalhadores essas pessoas são cidadãos e, portanto, são detentoras da proteção de seus direitos fundamentais.

O efeito dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente, na empresa, é um dos temas chave no Direito do Trabalho, pois trata de determinar o grau de penetração real das liberdades públicas no seio das unidades produtivas. Ainda que os direitos fundamentais devam ponderar-se à luz do contrato de trabalho, desconhecê-los suporia atentar contra a própria Constituição<sup>90</sup>.

O argumento central para aplicação dos direitos fundamentais às relações de trabalho é a sujeição do trabalhador a um poder privado, o que requer, entre outras coisas, a proteção da liberdade ideológica, de crença, de opinião, sindical e à sua intimidade.

## **5 Limitações do direito à intimidade e o princípio da proporcionalidade**

Tendo-se distinguido, anteriormente, a esfera individual, que visa o ser social, da esfera privada, que objetiva o homem em sua intimidade, faz-se uma verificação sobre o que se pode chamar de vigilância e qual sua influência na fruição do direito à intimidade.

---

<sup>90</sup> RIVERO, Gloria P. Rojas. *La libertad de expresión del trabajador*. Prólogo: PALOMELEQUE LOPEZ, Manuel-Carlos, 1991. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 39.

A vigilância sistemática, tal como a conhecemos, não surgiu nos tempos modernos. Citam-se suas formas primitivas, como, por exemplo, o *Domesday Book*<sup>91</sup>, datado do século XI, tendo a partir daí, vertiginosa expansão. Este exemplo histórico mostra como se mantém o poder, mediante atividades de vigilância<sup>92</sup>.

A vigilância pode ser experimentada tanto de forma negativa como positiva. Quando examinada na época moderna, merece a lembrança de algumas questões: que tipo de poder está com ela implicado? Como é experimentada a vigilância e quais são seus efeitos sobre os direitos em questão?

Interessante é observar-se que a vigilância expandiu-se com a democracia. Está associada à demanda de igualdade política e com as populações às quais era negado o acesso ao pleno exercício político. Historicamente, seu desenvolvimento é complexo, pois a questão é de quem vigia quem, e tal resposta não se pode ter sem adentrar em situações sociais específicas, em épocas específicas, discussão que aqui não será abordada por fugir ao tema central.

---

<sup>91</sup> Embora não esteja bem claro, porque foi denominado *Domesday Book*, ou Livro do Juízo Final, surgiu como um registro cadastral inglês, iniciado no ano de 1086, com o intuito de compilar pessoas e propriedades. Talvez, porque, inicialmente, era mantido na *Domus Dei* – a Casa de Deus – em Winchester, tendo o tesoureiro da Inglaterra, explicado, metaforicamente, em 1179, que se referia ao Dia do Juízo, quando, de acordo com o Apocalipse, os mortos serão julgados pelo que está escrito no livro. Certo é que permitiu à administração normanda, da época, consolidar seu poder para estabelecer-se militarmente. LYON, David. *El ojo electrónico, el auge de la sociedad de la vigilancia*. Versão espanhola de Jesús Alborés. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 41-42. Trad. do original: *The electronic Eye. The rise of Surveillance Society*.

<sup>92</sup> Idem, ibidem, p. 42.

Portanto, desde os primeiros dias da modernidade, os administradores têm compilado e registrado dados pessoais de populações e as organizações empresariais têm controlado e supervisionado os trabalhadores para aumentar sua eficácia<sup>93</sup>.

Desenvolveu-se, então, na Europa e na América do Norte, o direito neste sentido. Das possíveis lesões, foram enumeradas duas: a aquisição ilegítima de aspectos e episódios da vida privada ou a divulgação de notícias adquiridas legitimamente. Posteriormente, restringiu-se a tutela da intimidade àqueles que, têm profissões ou carreiras que, pela própria natureza, são públicas. Tendo sido traçada, finalmente, uma linha divisória entre a intimidade e a honra.

Portanto, se de um lado o indivíduo tem o direito de manter sua vida particular ou familiar velada, seus hábitos, seus vícios, suas aventuras e preferências, será legítimo desnudá-la, presentes determinadas justificativas. A proteção legal deverá dispor de uma certa elasticidade. Essas delimitações da esfera privada deverão ser toleradas, tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar com ela ou penetrá-la<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Idem, *ibidem*, p. 47.

<sup>94</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 44-45.

Há hipóteses em que se configuram a superação do interesse individual pelo interesse público, justificando o sacrifício da intimidade. Exemplifica-se com casos especificados pela lei italiana de direitos autorais, que possibilitam a redução do direito à imagem, para aplicação com fins judiciais, policiais, científicos, didáticos e culturais<sup>95</sup>. Todavia, frisa-se, é apenas uma redução e não sua eliminação total. Isso porque até o interesse público deve deter-se diante da esfera mais íntima da vida privada que, como tal, é inviolável, não encontrando justificação.

Alguns doutrinadores entendem que com a morte, extingue-se a possibilidade de lesão à intimidade da pessoa, consistente na invasão de sua esfera privada.

No entanto, a esfera íntima do morto, poderá vir a ser violada em momento ulterior, com a divulgação de intimidades, adquiridas legítima ou ilegitimamente. É de se distinguir também, se a revelação das particularidades alusivas ao *de cujus* interfere na vida privada familiar ou não. Se interferirem, os parentes serão sujeitos passivos do delito e terão competência para promover a respectiva querela, ou de prosseguir na queixa-crime, se já instaurada.

Nesse sentido, o Código Civil Português, em seu art. 71, dispõe que os direitos da personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do

---

<sup>95</sup> Neste sentido, também, Pontes de Miranda, reconhece que, em certos casos, o interesse científico, artístico, literário, pode suplantar o interesse à intimidade. Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 127. (Tratado de direito privado, tomo 7).

respectivo titular, cabendo as providências legais aos herdeiros legítimos ou ao cônjuge.

Naquilo que concerne à tutela da imagem, não é outra a orientação da doutrina. Com a morte da pessoa, o direito desta à sua própria imagem termina<sup>96</sup>. Entretanto, a imagem do morto poderá ter projeção ou reflexo que atinjam e envolvam os sentimentos ou interesses morais dos sobreviventes.

O que se pretende é a preservação da intimidade, ou quando menos do segredo, daquilo que há de mais recôndito. O objetivo último da tutela é assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade, no recesso da intimidade, para que se possa fruí-la sem temores, sem apreensões de que venha a ser surpreendida em posturas, quiçá, inconvenientes, ou em atitudes comprometedoras do prestígio social de que desfrute.

A presença de uma justa causa, entretanto, justificará a conduta, a invasão da intimidade, ou a divulgação da intimidade conquistada. Assim, de contrária ao direito, passa a ser conforme o direito.

Não obstante, é de difícil discernimento estabelecer com precisão os contornos, os limites, o conteúdo, a dimensão do que deve ser tutelado e em que medida, quando se fala em preservação da intimidade de cada pessoa.

---

<sup>96</sup> DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano, 1959, v. 4, nt. 180, p. 171. (*Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, tomo 1).

Para que se possa alcançar o objetivo, quanto aos seus limites, deve-se considerar os valores vigentes a cada época e lugar, que significado e influência têm sobre o indivíduo, com o fim de discernir, em razão deles, a necessidade de resguardar do conhecimento de outras pessoas, aspectos mais particulares de sua vida<sup>97</sup>. Considere-se que, historicamente, há uma contínua mudança, do que possa ser considerado íntimo ou não. O que não deveria vir a público tempos atrás, devendo ficar nos estritos limites da intimidade, pode agora, perfeitamente, ser ostentado.

A partir da reação previsível das outras pessoas, em confronto com a inclinação do ser humano de sempre buscar o consentimento de seus semelhantes, é que se estabelece um juízo de aprovação ou reprovação, em função dos valores vigentes em cada época e lugar. Surge o receio da exposição à censura de outrem.

Esses valores são tão fortes, influenciando sobremaneira os indivíduos, que determinam o que deve ser preservado ou não do conhecimento alheio<sup>98</sup>. Além disso, são mutáveis no tempo, variando de acordo com a cultura e o lugar, levando o direito à intimidade a ter, da mesma forma, um conteúdo múltiplo e variável, de difícil determinação.

---

<sup>97</sup> SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 30.

<sup>98</sup> SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.31.

Retomando o recorte escolhido, dentro da esfera laboral, pode-se dizer que a intromissão ou vigilância teve uma forte dimensão nas sociedades modernas, a partir das lutas entre capital e trabalho, nas empresas. Sob a égide do sistema capitalista, a coerção a que, anteriormente, eram submetidos os trabalhadores deixou de existir, dando lugar à liberdade do trabalhador, em sentido formal, de acordo com a nova doutrina.

O direito à intimidade deriva do espírito do sistema, do complexo de valoração normativa do nosso direito, da constituição social, das idéias e tendências dominantes. Dessa forma, pode-se afirmar que o nosso direito é propenso a conferir tutela ao bem jurídico da intimidade.

A relação individual de trabalho é uma relação de subordinação jurídica<sup>99</sup>, submetida, portanto, à atuação de quem ostenta posição de superioridade, com a possibilidade de prejudicar ou reduzir o exercício de alguns direitos fundamentais<sup>100</sup>.

A lógica empresarial tende a reforçar essas limitações, pois o trabalhador, que só dispõe de sua força de trabalho, a qual coloca à disposição de uma vontade estranha a si mesmo, a do empregador, submete-se à sua autoridade. O problema está justamente neste ponto, em conciliar a subordinação inerente ao contrato de trabalho e a finalidade da empresa, que impõe certas exigências, para

---

<sup>99</sup> O tópico sobre subordinação será desenvolvido no Capítulo II.

<sup>100</sup> RIVERO, Gloria P. Rojas. *La libertad de expresión del trabajador*. Prólogo: PALOMELEQUE LOPEZ, Manuel-Carlos, 1991. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 39.

seu funcionamento, fazendo com que os trabalhadores, de certa forma, alienem alguns aspectos que fazem parte de sua condição humana, quais sejam o direito à liberdade ideológica, à livre expressão e o direito à intimidade<sup>101</sup>.

Considerando-se o confronto entre esses dois direitos, ou seja, o direito à intimidade do trabalhador empregado e o poder de comando do empregador, cuja origem se encontra no direito à propriedade, ambos direitos fundamentais, inseridos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, faz-se mister uma breve exposição sobre um importante princípio que é o da proporcionalidade<sup>102</sup> ou da razoabilidade<sup>103</sup>.

A importância dessa abordagem deve-se à necessidade de sua aplicação ao caso concreto, quando colocados direitos fundamentais frente a frente, como será verificado no capítulo final deste estudo. Quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito por parte de outro titular, há uma situação de conflito, cuja solução requer sejam impostos limites a esses direitos para que possam coexistir. Deve-se levar em conta que a Constituição Federal garante proteção a todos eles, não se podendo, portanto, na solução de colisões entre direitos, sacrificar um a custa do outro<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Idem, ibidem, p. 40.

<sup>102</sup> A doutrina alemã usa indiscriminadamente o termo proporcionalidade ou proibição de excesso.

<sup>103</sup> Este é o termo preferido pelos americanos, para designar o mesmo princípio.

<sup>104</sup> Ressalta-se que a análise do caso apresentado, ao final do estudo, insere-se no tema dos casos difíceis, assunto abordado por vários filósofos do Direito, como Herbert L. A Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Neil Mac Cormick, bem como, aqui no Brasil, por José Alcebíades de Oliveira Júnior (Casos difíceis no pós-positivismo. *In* *Hermenêutica plural*. Boucault, Carlos E. de Abreu e Rodriguez, José Rodrigo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, p. 203-227); Cláudio Fortunato Michelon Júnior (Aceitação e objetividade. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2004), entre outros.

Para Alexy, da máxima de proporcionalidade, em sentido estrito, se segue que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas. Em troca, as máximas da necessidade e da adequação se seguem do caráter dos princípios como mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas. Para o doutrinador, o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais ou sub-princípios: a da adequação, a da necessidade (do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação propriamente dita), isto é, se infere logicamente dele, é dedutível dele<sup>105</sup>.

Para Márcia Haydée Porto de Carvalho, esse princípio é uma garantia constitucional, com dupla função: a) proteger os cidadãos contra os abusos do poder estatal e; b) servir de método interpretativo de apoio para o juiz quando este necessita resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais<sup>106</sup>. Tal princípio atua harmonizando e conciliando.

---

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. VALDÉS, Ernesto Garzón. Rev. Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111-112. Trad. do original: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>106</sup> CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 74.

Para Comparato<sup>107</sup>, os princípios também têm uma dupla função: a) servem de critério superior de interpretação das demais normas constitucionais, garantindo com isso a unidade e coerência do sistema; b) exercem uma função genética, impondo a complementação do sistema por meio da edição de outras normas, sejam eles programáticos ou não.

Tratando-se de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição, eventualmente, fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade, na opinião de Gilmar Ferreira Mendes<sup>108</sup>.

Quanto aos sub-princípios de que fala Alexy, a adequação tem o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar. A medida deve ser suscetível de atingir o objetivo escolhido, para que com seu auxílio se possa alcançar o fim desejado. De acordo com Barroso, essa seria uma tarefa de verificação da razoabilidade externa da norma<sup>109</sup>.

Por sub-princípio da necessidade ou exigibilidade deve-se entender que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro

---

<sup>107</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Eficácia constitucional. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, nº 98, abr. jun. 1991, p. 46.

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de jurisprudência. São Paulo: IOB, nº 23, 1ª quinz. dez. 1994, p. 475.

<sup>109</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 127.

direito fundamental (proteção e efetivação de um determinado direito fundamental) e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, menos gravosa<sup>110</sup>. Em outras palavras, de todas as medidas que servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo tal princípio também ser denominado de princípio da escolha mais suave<sup>111</sup>.

E, por fim, o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em que o aspecto chave é a ponderação, a relação custo-benefício. Isso significa que, se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que maiores benefícios trazer ao titular do direito fundamental, quanto à sua proteção e concretização, terá ela atendido ao princípio da proporcionalidade em todos os seus elementos<sup>112</sup>.

Assim, a ponderação aplicada ao conflito entre dois direitos fundamentais atingidos pela medida legal restritiva, para se definir, no caso concreto, se o dano provocado a um deles em benefício da proteção do outro se justifica ante os objetivos maiores pretendidos pela Constituição, consiste exatamente no cerne do sub-princípio da proporcionalidade, em sentido estrito<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Jurídica, 2000, p. 76.

<sup>111</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 361.

<sup>112</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 208.

<sup>113</sup> BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 134.

Portanto, embora as normas tutelares da honra, do domicílio, da liberdade pessoal e moral, ou da tranqüilidade privada e íntima evidenciem-se insuficientes, há condições de o julgador atuar de maneira a equilibrar ambos os interesses, mormente daqueles que estão em posição hierárquica inferior, senão através de legislação, mas através de princípios, admitidos pelo nosso Direito.

## Parte II

### O direito à intimidade nas Relações de Trabalho

#### 1 O poder de comando do empregador

Antes de explicitar o que vem a ser o poder de comando do empregador, e, posteriormente, colocá-lo frente a um direito do empregado, o de sua intimidade, necessário é fazer-se algumas elucubrações a respeito da palavra trabalho. Muitos filólogos e lingüistas debruçaram-se à procura da origem vocabular do termo. A origem, porém, mais aceita pela maioria deles, é das palavras *tripalium* e *tripaliare*<sup>114</sup>. Trabalho equivale a *travail*, *Trabajo*, *lavoro*, *work*, *labor*, *Arbeit*. O italiano possui os termos *lavoro* e *travaglio*, prendendo-se este último ao sentido de um trabalho mais material e penoso. O alemão tem *Arbeit* e *Werke*, como o inglês *labor* e *work*. Tanto *Werke*, quanto *work*, vêm do grego *ergon*. Do verbete labor: “sofrimento, fadiga, que se sente ao fazer um trabalho e daí um enfraquecimento de sentido, trabalho, esforço, labor. Inúmeros são os exemplos ligando a palavra trabalho, em várias línguas, à penosidade, à fadiga, à coisa muito dificultosa, a sofrimento, mal, doença e dores do parto”<sup>115</sup>. Dá-se ênfase a origem etimológica da palavra trabalho, justamente para que fique demonstrado sociologicamente que ela tem uma tradição carregada de valores, ora depreciativos, ora penosos, ou seja, negativa. Portanto, a nota da penosidade e da fadiga, inerente ao trabalho é aceita universalmente por todos os que cuidam do assunto. Para tanto fazem uma busca histórica, desde os assírios-babilônios, passando pela civilização clássica greco-romana, até nossos dias<sup>116</sup>.

Propositalmente, foi dado este enfoque sobre a palavra trabalho, sem olvidar outros tantos que ela possa ter, não interessando, no momento, sua abordagem, com o intuito de introduzir a origem do poder de comando do empregador.

---

<sup>114</sup> “trabalhar se prende ao neutro latim, *palum*, fonte do português pau, através de um adjetivo *tripalis*, composto de três paus, de que se deduziu um neutro *tripalium*, apenas atestado em variante *trepalium*, ecúleo, cavalete de três paus, usado para sujeitar os cavalos no ato de se lhes aplicar a ferradura. Desta concepção, passou *tripaliare*, alterado por assimilação em *trapaliare*, dizer-se de toda e qualquer atividade, mesmo intelectual.” In MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao Direito do Trabalho, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 63.

<sup>115</sup> Idem, ibidem, p.65.

<sup>116</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do Direito do Trabalho, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 85.

Poder de comando ou diretivo do empregador é a capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades daquela<sup>117</sup>.

Portanto, o poder de direção, diretivo ou de comando do empregador é a capacidade que ele possui de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação de serviços por parte do empregado<sup>118</sup>.

Aquele trabalhador da Antigüidade, que sequer era considerado pessoa humana, obviamente não tinha direitos, era escravo, tido como coisa, “res”. No Medievo, embora ainda existindo a escravidão, surgiu outra classe de trabalhador, a do servo da gleba, que pouco conseguiu em termos de direitos em relação ao escravo, mas já era considerado pessoa. No entanto, devia satisfações ao seu senhor, desde a concordância daquele em relação aos seus esponsais, quanto ao direito de herança, etc. Vê-se que a evolução histórica sobre o assunto foi muito lenta.

Com o surgimento da máquina, houve significativa transformação no trabalho humano, até então, totalmente artesanal. No entanto, a obediência aos patrões<sup>119</sup>, já donos de fábricas, continuou resignada até a Revolução Francesa,

---

<sup>117</sup> MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. [São Paulo]: Saraiva, 1982, p. 94.

<sup>118</sup> De acordo com o conceito legal, explicitado no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. (Comp.) COSTA, Armando C.; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades R. 32. ed., São Paulo: LTr, 2005.

<sup>119</sup> A expressão empregador designa, na técnica do Direito do Trabalho, a pessoa natural ou jurídica que utiliza, dirige e assalaria os serviços de outrem, em virtude do contrato de trabalho. Não obstante, outras expressões são usadas. Patrão foi a primeira, lembrando a empresa patriarcal do Século XIX, em que seu titular gozava uma espécie de direito divino. Dador de trabalho, expressão preferida pelos italianos (*datore di lavoro*), que segundo *Carnelutti* é uma tradução *ipsis literis* do alemão *Arbeitsgeber*. Já os franceses deram-lhe a denominação de chefe de empresa. Os espanhóis preferem o nome principal, que não revela a natureza da relação jurídica de seu titular. E, finalmente, a expressão mais acolhida na legislação e na doutrina é empregador. *In*: GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho, 14 ed., Rio de Janeiro; Forense, 1995, p. 97-98.

quando se insurgiu a grande massa contra, entre outras coisas, a opressão do mando desmedido e do jugo imposto, ao qual não podia abster-se por seu próprio arbítrio.

É normal admitir-se o poder de comando do empregador dentro de uma relação de emprego. Sabe-se que ele se faz necessário frente às responsabilidades que possui o empregador, de gerir, coordenar, fiscalizar o empreendimento, sob pena de, não o fazendo, arcar com todos os riscos pertinentes, tanto a nível econômico-financeiro, quanto administrativo, fiscal, enfim. Devedor da contraprestação salarial e outras acessórias; credor da prestação de trabalho e de sua utilidade, é a figura central da empresa, no seu dinamismo econômico, social e disciplinar<sup>120</sup>.

Mas ao admitir-se tal poder, não se questiona qual é sua origem, simplesmente sabe-se que tem legitimidade e isso basta. Esse poder que, atualmente, tem tido seus limites questionados, historicamente, é muito mais antigo que o próprio direito do trabalho. Sua ancestralidade vem da época em que o trabalho era tarefa de escravos.

As civilizações clássicas, como a grega e a romana, tinham a concepção da normalidade quanto à escravidão. Época essa na qual os cidadãos, homens livres, dentre suas propriedades, possuíam escravos e exerciam sobre eles seu domínio.

---

<sup>120</sup> Idem, ibidem, p. 97.

A doutrina majoritária divide-se em duas posições quanto à natureza jurídica do poder diretivo. A primeira, a teoria contratualista, que se baseia no pressuposto do acordo de vontades entre as partes, em torno do qual há o desenvolvimento das relações entre empregado e empregador, inclusive as que geram o conceito de subordinação e de poder diretivo. Dentro dessa doutrina, encontramos duas correntes: a unitária e a dualista. Para os adeptos da primeira corrente, o contrato de trabalho constitui a fonte das obrigações nele contidas e também das que surgem em sua vigência, pela ação do poder diretivo do empregador. Já os dualistas sustentam que o contrato de trabalho contém apenas as obrigações nele pactuadas e que as surgidas durante sua vigência provêm de outra fonte, a qual chamam de poder diretivo<sup>121</sup>. Para esses, trata-se de um direito potestativo. Os que a ele se submetem deverão, necessariamente, sujeitar-se ao mesmo.

A segunda teoria é a institucionalista. Para essa a disciplina do trabalho desenvolvido na empresa não deriva do contrato e sim de sua organização interna. Sob essa ótica, há a pressuposição da colaboração entre empregadores e trabalhadores, com o propósito de realizar um fim socialmente útil, um objetivo comum, o que exige um ordenamento jurídico<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. [São Paulo]: Saraiva, 1982, p. 50-51.

<sup>122</sup> MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. [São Paulo]: Saraiva, 1982, p. 54.

Decorre do que foi explicitado, que o poder de comando ou poder empregatício é um conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica, ao empregador, para seu exercício em uma relação de emprego. Diz respeito à direção, à regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviços<sup>123</sup>.

O poder de comando se manifesta através das seguintes facetas, quais sejam: o poder de organização ou diretivo, o poder hierárquico, o poder de fiscalização e o poder disciplinar sobre o empregado<sup>124</sup>.

### **1.1 O poder diretivo**

A situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Onde há trabalho subordinado, há o exercício de fato do poder de direção e de comando do empregador, o qual é o direito que lhe cabe de determinar as condições para utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, no limites do contrato<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, 629. Essa divisão do poder diretivo não é uníssona. Alguns autores adotam o critério bipartido, de poder de direção e poder disciplinar (Barassi); outros, o critério tripartido: poder legislativo, poder de direção e poder disciplinar (Durand e Jaussaud); outros, o quadripartismo: que compreende o poder organizacional, o de fiscalização, o regulamentar e o disciplinar (Cassi) e ainda, a visão analítica do poder diretivo em cinco divisões: a de previsão, a de organização, a de comando, a de coordenação e a de controle (Ribeiro de Vilhena). MAGANO, Octavio Bueno. *Op. Cit.* p. 97.

<sup>124</sup> Adotamos no presente estudo o critério quadripartido.

<sup>125</sup> MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. *In* Instituições de direito do trabalho. 16. ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de LimaTeixeira Filho, v. 1. São Paulo: LTr, 1996, p. 243.

Originário desse poder é o *jus variandi* do empregador, permitindo ao empregador ajustar a prestação obrigacional do empregado às alterações estruturais e conjunturais da empresa. Esses ajustes ou variações são adotados pelo empregador dentro da margem do contrato, pois, do contrário, quando o contrato não é respeitado já não se trata mais de *jus variandi* e sim de alteração do contrato de trabalho, o que não é permitido por nossa legislação<sup>126</sup>.

## 1.2 O poder hierárquico

A manifestação do poder diretivo está na própria organização, sob a estrutura hierárquica, assentada em pressupostos legitimantes como a liberdade econômica e o direito de propriedade. O empregador estabelece o que, quando e como produzir<sup>127</sup>.

Na relação hierárquica surge dos superiores aos inferiores, uma relação de comando, e dos inferiores aos seus superiores, uma relação de obediência que, para alguns, é colaborativa e, para outros, mera submissão à autoridade<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. [São Paulo]: Saraiva, 1982, p.121-123.

<sup>127</sup> COUTINHO, Aldacyr Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: LTr, 1999, p. 52.

<sup>128</sup> Idem, ibidem, p. 53.

Funda-se a relação hierárquica, que resulta na supremacia do empregador, na compensação do risco assumido perante a empresa e, para o trabalhador, na existência do próprio contrato, base da voluntariedade<sup>129</sup>.

**Apesar de todos os corolários atinentes aos princípios de liberdade e igualdade, é sabido que o trabalhador de hoje, em virtude do contexto em que está inserido, de certa maneira, também é um servo do seu empregador, muito embora com um colorido diverso daquele da Idade Média<sup>130</sup>, do feudalismo. São cidadãos-servos, pois são sujeitos de direitos sem poder. Têm nos direitos da cidadania uma fonte de legitimidade, mas não fonte de poder<sup>131</sup>.**

No entanto, diz Délio Maranhão<sup>132</sup>, “o conteúdo desse elemento, caracterizador do contrato de trabalho não pode assimilar-se ao sentido

---

<sup>129</sup> COUTINHO, Aldacyr Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: LTr, 1999, p. 53.

<sup>130</sup> Questiona-se: que autonomia, que liberdade tem o obreiro frente a um mercado de trabalho onde há um desequilíbrio entre a procura e a oferta de mão-de-obra? Nesse contexto, terá a liberdade de debelar-se contra a vontade do empregador, o obreiro, se do outro lado existe a preocupação com sua sobrevivência e a de sua família? Frente às contingências do desemprego e as carências materiais e psicológicas daí decorrente, não seria bem melhor continuar trabalhando sem nenhum questionamento quanto às ordens de seu empregador? Poderia objetar-se, mas, nesse sentido está o trabalhador fazendo uma opção, entre a resistência ao comando diretivo de seu empregador ou a sua aceitação incondicionada. Dessarte, coloca-se: que opção cruel, entre aceitar e tornar-se um autômato ou não aceitar e tornar-se um desempregado, com todas as suas conseqüências. Para mais, ver CAPPELA, Ramón Juan. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Editorial Trotta, 1993, p. 135 ss.

<sup>131</sup> Idem, ibidem, p. 152.

<sup>132</sup> MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luis Inácio B. Direito do Trabalho, 17. ed. Rio de Janeiro: Ed. Fund. Getúlio Vargas, 1993, p. 90.

predominante na Idade Média: o empregado não é servo e o empregador não é senhor”.

### **1.3 O poder de fiscalização**

O poder de fiscalização ou poder de controle é o direito que tem o empregador de verificar o cumprimento da prestação de trabalho por parte do trabalhador. Essa atividade pode ser exercida pelo empregador ou seus prepostos, velando para que as ordens dadas sejam executadas conforme as instruções fornecidas, complementando ou retificando as mesmas, quando necessário.

Exerce esse direito, ainda, o empregador que, por si ou seus prepostos, submete o empregado à revista, espreita seu comportamento, submete-o a indagações a respeito de seu procedimento<sup>133</sup>.

O exercício desse direito pode ocorrer de modo genérico, quando o empregador verifica se os trabalhadores estão em seus postos de trabalho ou de maneira mais concreta, verificando os registros destinados a comprovar a assiduidade e pontualidade do empregado, bem como, quando se volta para a execução das tarefas. Quanto a esta última, citamos não só a verificação da tarefa em si, mas se os meios disponibilizados para sua execução estão sendo

---

<sup>133</sup> MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. [São Paulo]: Saraiva, 1982, p. 118.

usados adequadamente, incluindo, aqui as modernas tecnologias, tais como internet, correio eletrônico, etc.

#### **1.4 O poder disciplinar**

O empregador é detentor do direito de aplicar sanções disciplinares aos empregados que cometam alguma infração em relação ao contrato de trabalho.

Esse poder também denominado punitivo, diz respeito à exigibilidade direta pelo titular do direito subjetivo do cumprimento de um dever jurídico, sem intervenção do poder estatal. É uma auto-tutela imediata dos próprios interesses<sup>134</sup>.

É um mecanismo apto a coibir a inobservância de deveres principais e acessórios do contrato de trabalho, quando do não atendimento às ordens gerais ou individuais emanadas do poder de direção. Ordens, que podem ser emanadas por meio de regulamento, instruções, ordens de serviço e circulares, de forma genérica ou individual, formal ou verbal<sup>135</sup>. O sistema positivado, através da

---

<sup>134</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: LTr, 1999, p. 86.

<sup>135</sup> Idem, ibidem, p. 87.

Consolidação das Leis do Trabalho, explicita várias hipóteses em que pode o trabalhador dar causa a uma conduta contrária aos interesses da atividade empresarial, ensejando, inclusive, uma punição maior, qual seja a de despedida por justa causa, desonerando o empregador de algumas obrigações legais.

Lembra-se que entre os deveres legais do empregado coloca-se o respeito e a obediência ao seu empregador, não somente por uma questão de civilidade, mas pela posição de subordinação jurídica em relação a ele. Deverá o empregado manter uma conduta inatacável, dentro e fora da empresa, sob pena de afetar o ambiente de trabalho, refletindo na gestão do mesmo. Esses preceitos encontram-se no art. 482, alíneas “b” e “h”<sup>136</sup>, da Consolidação das Leis do Trabalho. Em caso de o empregado não cumprir tais normas, poderá o empregador rescindir seu contrato de trabalho por justa causa<sup>137</sup>.

As sanções disciplinares pressupõem sempre a culpa do empregado, todavia deve ser guardada a devida proporção entre a falta e a sanção. Uma punição excessiva pode caracterizar um abuso de direito.

---

<sup>136</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Dec. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. (Comp.) COSTA, Armando C.; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiádes R. 32. ed., São Paulo: LTr, 2005, Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] alínea b) incontinência de conduta ou mau procedimento; [...] alínea h) ato de indisciplina ou de insubordinação; [...]

<sup>137</sup> RUSSOMANO, Mozart Víctor. O empregado e o empregador no Direito Brasileiro, v. 1, 2. ed., acresc. e atual. [Pelotas]: José Konfino, 1954, p. 164-165.

Mesmo tendo o trabalhador o dever de obediência em relação ao empregador, na consecução do contrato de trabalho, sua personalidade não se anula. Para tanto, lhe é reconhecido certo *jus resistentiae*, podendo ele recusar-se legitimamente ao cumprimento de uma ordem, que fuja à natureza do trabalho contratado, que o coloque em grave risco, que lhe cause humilhação, que seja ilícita, ilegal ou de execução extremamente difícil<sup>138</sup>. Esse direito parte do pressuposto da liberdade individual do trabalhador e de sua dignidade como pessoa<sup>139</sup>, que o empregado tem frente ao poder diretivo do empregador, pois sendo uma situação jurídica, nela encontra seus fundamentos, como também seus limites<sup>140</sup>.

Quanto à fundamentação do direito do empregador de aplicar sanções disciplinares aos empregados, frisa-se que há duas correntes doutrinárias. Uma que nega, outra que afirma o poder disciplinar do empregador, sendo a última predominante. Na França, Jean-Claude Javillier não aceita o direito de punir o trabalhador, em parte. Entre nós, Antônio Lamarca se posiciona no mesmo sentido, não aceitando o poder disciplinar do empregador<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. In Instituições de direito do trabalho. 16. ed., v. 1. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1996, p. 245.

<sup>139</sup> MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luis Inácio B. Direito do Trabalho. 17. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 90.

<sup>140</sup> “O exercício abusivo do poder de comando torna nulos os atos dele emanados e enseja o exercício do *jus resistentiae* do empregado, que poderá ir às últimas conseqüências da denúncia cheia do contrato de trabalho”. CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 14.

<sup>141</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p.340.

Há outra corrente que admite o poder disciplinar, que tanto pode ser fundado na doutrina contratualista ou na doutrina da propriedade privada ou na doutrina do institucionalismo.

Entre essas, a primeira entende ser o fundamento do poder punitivo do empregado o próprio contrato, como expressão da autonomia da vontade das partes e da subordinação conseqüente do contrato de trabalho. Têm esse pensamento Vasco de Andrade, Riva Sanseverino e Paul Bureau<sup>142</sup>, entre outros.

A segunda corrente entende que o poder disciplinar advém da propriedade da empresa, tendo o empregador o direito de usá-la e desfrutá-la, justificando a atitude punitiva, em defesa de sua propriedade. Evaristo de Moraes Filho, que defende essa tese, diz que é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar, significando que o poder de um homem sobre outro existe em razão da propriedade.

Para a última corrente citada, o institucionalismo, existe o poder disciplinar do empregador, porque deve haver um poder ou uma autoridade inerente a toda instituição, sendo um poder social e não individual para o bem da

---

<sup>142</sup> Segundo o doutrinador “sob qualquer ponto de vista em que se coloque o trabalho do operário aparece como uma mercadoria, e esta palavra que tanto choca os ouvidos é evidentemente a única que responde à realidade das coisas. Como as outras mercadorias, o trabalho será suscetível de venda e de compra, e o contrato de trabalho pode ser definido, sob a reserva de uma adição ulterior: um contrato pelo qual uma pessoa chamada empregador compra de uma outra chamada empregado, mediante preço determinado, o esforço muscular e intelectual para o desempenho de uma tarefa precisa e nitidamente determinada”. BUREAU, Paul. *Le contrat de travail*, Paris: [s.n], 1902, p.105. *Apud* NASCIMENTO, Amauri M. Curso de direito do trabalho. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p.263.

coletividade. As penas ou sanções são meros meios necessários ao cumprimento das suas finalidades, são o meio pelo qual se expressa esse poder<sup>143</sup>. Nesse caso, o poder disciplinar exercita-se segundo uma forma estatutária ou convencional, sempre subordinada à forma legal.

Ressalta-se que o poder disciplinar constitui o complemento necessário do poder diretivo. Haveria um comprometimento do corpo social se a autoridade responsável não pudesse sancionar as regras impostas aos membros do grupo<sup>144</sup>.

## 2 Subordinação

Na lição de Amauri M. Nascimento<sup>145</sup>, na relação de emprego, a subordinação é um lado, o outro correspondente é o poder de comando, diretivo do empregador. Sendo o empregado um trabalhador subordinado<sup>146</sup>, coloca o

---

<sup>143</sup> BUREAU, Paul. *Le contrat de travail*, Paris: [s.n.], 1902, p. 105. *Apud* NASCIMENTO, Amauri M. Curso de direito do trabalho. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 263.

<sup>144</sup> MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p. 209.

<sup>145</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 339.

<sup>146</sup> A faculdade que tem alguém de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico, que lhe aproveita, é um direito subjetivo. No Direito do Trabalho, esse dever jurídico pode ser exigido sem que o titular necessite da intervenção do Estado, devido aos riscos que assume o empregador. Ele detém o poder disciplinar, porque organiza uma atividade econômica. O que sujeita o empregado àquele poder é a relação jurídica que se estabelece entre ambos. Maranhão, Délio; Carvalho, Luis Inácio B. Direito do Trabalho. 17. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 87-88.

empregador em posição de direitos em relação a ele, quanto ao modo de exercer sua atividade, mas não sobre sua pessoa. É o aspecto passivo do empregado, em contraposição ao poder de comando e de direção (aspecto ativo) do empregador. Pode-se dizer, inclusive, que o estado de dependência em que permanece uma das partes é uma das características do contrato de trabalho<sup>147</sup>.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, ao conceituar a figura do empregado, considera-o a pessoa física que presta serviços sob a dependência do empregador. Sendo considerada, majoritariamente, como subordinação jurídica, essa dependência consente que o empregado renuncie, em parte, à sua liberdade de ação, aceitando, de certa maneira, o controle do empregador<sup>148</sup>.

Não obstante, apesar do debate, relativo à sua classificação<sup>149</sup>, é majoritário o pensamento, hoje, de que a subordinação é um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre o trabalhador e o tomador de serviços<sup>150</sup>. Contudo, como adverte Supiot<sup>151</sup>, a noção de subordinação e a noção de direção,

---

<sup>147</sup> Gomes, Orlando; Gottschalk, Élson. Curso de direito do trabalho. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 129-130. Há uniformidade dos doutrinadores, quanto ao reconhecimento do estado de dependência como característica do contrato de emprego.

<sup>148</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997, p. 72.

<sup>149</sup> Nesse aspecto há divergências doutrinárias. Os critérios que foram propostos ao longo do tempo foram os seguintes: subordinação jurídica ou dependência hierárquica (predominante); dependência econômica; dependência técnica; dependência social. Idem, ibidem, p. 130.

<sup>150</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 303-304.

<sup>151</sup> SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho Del Trabajo*. Madrid: Min. De Trabajo y asuntos sociales, 1996, p. 138.

que designam uma relação hierárquica entre o empresário e o trabalhador, segundo as quais o segundo deve obedecer o primeiro, não pode confundir-se com a de desigualdade. A aversão à admissão de uma desigualdade jurídica procede do princípio da igualdade, de valor constitucional.

## **2.1 Subordinação subjetiva**

Há também a discussão quanto à natureza da subordinação, se subjetiva ou objetiva.

Alguns autores, como Pontes de Miranda, afirmam que subordinado é aquele que fica sob as ordens e a disciplina do empregador. Essa é uma visão subjetiva do conceito e manifesta a imagem da inserção do trabalhador na empresa, fato que gozou extraordinária vivência no sistema germânico do nacional-socialismo, consagrado pelos autores alemães da década de trinta. Tal posicionamento reduzia a pessoa do trabalhador à qualidade de peça de uma engrenagem, simetricamente disposta e sujeita a uma dinâmica perfeita em suas conexões estruturais. Os resquícios desse pensamento refletem-se nos autores germânicos atuais, que não separam o conceito de subordinação do elemento pessoal<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. Estrutura legal e supostos. 2. ed, rev. atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999, p. 466-467.

A contraposição dessa doutrina é a de que a inserção pessoal não se explica em termos jurídicos, porque pressuporia a identificação da pessoa do trabalhador com a pessoa do credor do trabalho, qualquer que seja o pólo passivo adverso.

Para os adeptos da concepção, em termos subjetivos, é necessário que haja dependência pessoal na subordinação. É de tal forma arraigado o conteúdo subjetivo da subordinação na doutrina, que a ele está atrelado, inclusive, a teoria contratualista<sup>153</sup>.

## **2.2 Subordinação objetiva**

Outros doutrinadores reagindo ao culto da subordinação personificada negam-lhe a existência e partem para critérios objetivos de pesquisa e identificação de seu conteúdo.

Embora acatando ser a relação de emprego, fundada na subordinação, intersubjetiva, os defensores dessa doutrina, afirmam que o nexó fundamental é de natureza objetiva, aduzindo que o conceito de subordinação deve ser extraído objetivamente e dessa forma ser fixado<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Idem, ibidem, p. 468.

<sup>154</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. Estrutura legal e supostos. 2. ed, rev. atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999, p. 471.

A partir desse enfoque, Ribeiro de Vilhena conceitua a subordinação como “um *quid*<sup>155</sup> interceptado na conduta das partes em um contrato de atividade e que, como suporte fático, caracteriza esse contrato como de trabalho”<sup>156</sup>.

Assim, a intervenção patronal verifica-se na e sobre a atividade do trabalhador e não na e sobre a sua pessoa. O elemento vinculativo que liga o empregado ao empregador é a atividade, que se torna fundamental para a caracterização objetiva da relação de emprego, assim como o elemento definidor do contrato de trabalho.

A objetivação da relação de trabalho, em que é acentuada a prestação como núcleo dos interesses, preserva o trabalhador no respeito que é devido à pessoa humana, que não se sujeita, uma vez que a ordem jurídica está estruturada no respeito mínimo à dignidade do indivíduo como pessoa, cuja vontade vinculante não elimina a vontade vinculada<sup>157</sup>.

No dizer de Ribeiro de Vilhena<sup>158</sup>, não se contrata a subordinação, mas sim a prestação de serviços, que se desenvolve subordinadamente ou não. O critério é, exclusivamente, objetivo, poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade.

---

<sup>155</sup> “Que, detalhe”, cfe. O Novo Dicionário de latim forense. CALDAS, Gilberto. São Paulo: Livraria e Editora Universitária, 1984, p. 219.

<sup>156</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Op. cit., p. 471.

<sup>157</sup> Idem, ibidem, p. 478.

<sup>158</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. Estrutura legal e supostos. 2. ed, rev. atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999, p. 477.

### 2.3 Subordinação e direitos fundamentais

Considerando-se que uma das funções dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado, em relação à defesa ou liberdade, sobretudo dos direitos, liberdades e garantias e que essa função de defesa dos direitos dos cidadãos é cumprida sob uma dupla perspectiva, qual seja, a proibição de ingerências dos poderes públicos, numa esfera jurídica individual (normas de competência negativa para os poderes públicos); e que implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)<sup>159</sup>, conclui-se pela fundamental relevância das garantias para possibilitar ou a efetivação ou a reparação desses direitos, em caso de violação<sup>160</sup>.

Precisamente, em relação ao direito fundamental em estudo, o da intimidade, expressa a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, primeira parte, que é inviolável a intimidade, prescrevendo na segunda parte do mesmo inciso, que é assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

---

<sup>159</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 405-408.

<sup>160</sup> SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 57.

Portanto, ainda que esteja o trabalhador com suas atividades subordinadas ao empregador, devendo acatar seu comando, não perde o status de cidadão, detentor de direitos fundamentais e suas garantias.

### **3 Os limites do poder de comando**

Ora, contrapondo o estado de subordinação a que está ligado o trabalhador, através de suas atividades, ao empregador, diante de seu direito à intimidade, verifica-se, que há um conflito de interesses e uma colisão de direitos.

Quanto às limitações internas do direito à intimidade, isto é, aquelas inerentes à sua própria natureza, já foram abordadas no primeiro capítulo deste estudo.

Neste tópico serão analisadas as limitações de ordem externa, qual seja, as colisões de direito no âmbito das relações de emprego. O direito à intimidade e o direito de comando.

#### **3.1 Generalidades**

É inexorável a constatação da amplitude do poder de comando do empregador, tendo ele em suas mãos o controle de seus subordinados, tal qual os cordéis de marionetes nas mãos de seu manipulador. Não obstante esse poder não é absoluto. A própria legislação pátria impõe limites a ele<sup>161</sup>. Mas quais são os limites previstos na legislação laboral? Os elencados no Capítulo III, art. 468<sup>162</sup>, da Consolidação das Leis Trabalhistas, vedam ao empregador, alterações nos contratos individuais de trabalho, sem a anuência do empregado e mesmo que ela exista, não deve causar prejuízos ao obreiro. Os que estão contidos na norma do art. 483<sup>163</sup> da norma supra citada, dão ao empregado tão somente o direito a rescindir indiretamente seu contrato de trabalho, quando o empregador exceder-se em alguns casos.

---

<sup>161</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decr. Lei 5.542, de 1º de maio de 1943. (Comp.) COSTA, Armando C.; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades R. 32. ed., São Paulo: LTr, 2005, artigos 468 e 483.

<sup>162</sup> Idem, ibidem, “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”.

<sup>163</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decr. Lei 5.542, de 1º de maio de 1943. (Comp.) COSTA, Armando C.; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades R. 32. ed., São Paulo: LTr, 2005. “Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador, ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. §1º O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais incompatíveis com a continuação do serviço....§ 3º Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.

Ao verificar-se um pouco mais atentamente, alguns desses itens estatuídos corroboram normas penais já existentes. Veja-se a lesão à honra e a boa fama do empregado, tipificado como um ilícito penal<sup>164</sup> ou ofender fisicamente, que pode enquadrar-se no ilícito de lesões corporais<sup>165</sup>.

Ressalta-se que a legislação infraconstitucional, é excessivamente específica, restringindo sobremaneira as hipóteses de tutela dos direitos, na relação de emprego. Não há uma norma laboralista que trate expressamente do direito à intimidade e à vida privada do empregado, restando, ainda que genericamente, a proteção constitucional, insculpida no art. 5º, inciso X<sup>166</sup>.

No entendimento de Simón<sup>167</sup>, essa generalidade é uma das principais virtudes do ordenamento jurídico pátrio, possibilitando que as situações que envolvam esses direitos se adaptem à previsão normativa, sem sofrer eventual engessamento, provocado pelo legislador infraconstitucional.

Também não há polêmica doutrinária, quanto à incidência e eficácia dos direitos da personalidade na relação laboral, pois tais direitos estão insculpidos na

---

<sup>164</sup> BRASIL. Código Penal. Decr. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 9. ed., atual. (Colab.) PINTO, Antonio L. de T.; WINDT, Márcia Cristina V. dos S.; CÉSPEDES, Livia. São Paulo: Saraiva, 2003. Capítulo V, artigos 138 ss.

<sup>165</sup> Idem, ibidem, capítulo II, artigos 129 ss.

<sup>166</sup> SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 127.

<sup>167</sup> Idem, ibidem, p. 127.

Constituição Federal e são atribuídos a todos os cidadãos, genericamente, independentemente de estarem numa relação de emprego<sup>168</sup>.

3.2 O direito à intimidade do empregado diante do poder de comando do empregador

**A questão que se coloca é que o empregador tem um poder de comando que lhe é conferido legitimamente, com o fito de bem administrar seu empreendimento, mas por outro lado, tem o empregado um direito outorgado pela Constituição Federal, que é o da preservação de sua intimidade frente a terceiros e, por tanto, frente ao seu empregador também, ainda que exerça seu trabalho a ele subordinado, como característica essencial da relação de emprego. O empregado, subordinado juridicamente ao empregador, tem maior possibilidade do que qualquer outro de ser moralmente atingido, em razão da própria hierarquia interna. Submete-se à direção do empregador, o qual o vê, na maioria das vezes, como alguém submisso às suas ordens, de forma arbitrária.**

**A noção de abuso de direito tem relação direta com o conceito de direito subjetivo, pois de seu exercício exacerbado, além dos limites legais,**

---

<sup>168</sup> SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 127-128.

**surge o dano e, conseqüentemente, o dever de reparar<sup>169</sup>. Quando o titular do direito faz uso dele de forma egoísta, desprezando o interesse social, serve isso de base justificativa para a reparação pelo ato abusivo do mesmo, devendo por isso responder.**

**Se o empregador, ao fazer uso do exercício do poder de comando, ao submeter empregados ou empregadas a revistas íntimas, lhes impor condição que fira sua dignidade e sua intimidade, ou, ao desconfiar de atos de improbidade, invada a vida íntima do empregado, acessando contas bancárias, arrombando gavetas, mesmo que dentro de seu estabelecimento, entre outros atos, cometerá abuso de seu direito, uma vez que ele não é absoluto. Deve haver limites quanto ao direito do empregador ante o direito de preservação da intimidade do empregado, para que continue a tornar-se possível a coexistência civilizada entre os homens, conferindo segurança aos indivíduos, mormente entre empregados e empregadores.**

**Tanto a norma que dá ao empregador o direito do poder de comando, quanto a que dá direito à intimidade ao empregado, que é um direito de todo o cidadão, não explicita limitações<sup>170</sup>. No entanto, no**

---

<sup>169</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade de imprensa. Danos por publicação de notícias. *In* Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998). COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). São Paulo: J. Oliveira, 1999, p. 220.

<sup>170</sup> Não obstante, é de reconhecer-se que “não existem direitos ilimitados. Todos eles desde o mais fundamental que é a vida, comportam privações e limitações....Tais limitações, resultam da imposição da vida em sociedade em suas mais diversificadas expressões”. DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: RT, 1980, p. 194.

**pressuposto de que as normas jurídicas são regras que impõem o comportamento adequado da ordem e segurança na sociedade, obviamente a finalidade de sua edição envolve um bem comum como condicionante para o bom convívio em sociedade<sup>171</sup>.**

Por outro lado, a ocorrência de abusos inicia-se, não raras vezes, já na fase pré-contratual, quando o trabalhador oprimido pela necessidade econômica e pela escassez de oferta de trabalho, é levado a revelar aspectos íntimos de sua personalidade, com o intuito de conseguir uma vaga no mercado de trabalho. Da mesma forma, é freqüente que o aspirante à vaga de emprego mascare certas características de sua personalidade sob pena de não conseguir seu intento. O temor de que sua contratação não se efetive é uma das razões, a outra seria a informação de uma eventual resistência a outras empresas, que poderiam também deixar de admiti-lo<sup>172</sup>.

Existem as mais variadas formas de discriminação no mercado de trabalho, seja quanto à preferência sexual, religiosa, política, aparência, comportamental, enfim um sem número de dados pessoais do candidato que são analisados subjetivamente, de acordo com as preferências do empregador. Tais predileções nem sempre guardam correspondência com o fim proposto, pois

---

<sup>171</sup> PODESTA, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade de imprensa. Danos por publicação de notícias. *In* Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998). COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). São Paulo: J. Oliveira, 1999, p. 220.

<sup>172</sup> SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 129.

deveriam ser revelados ao empregador apenas os aspectos essenciais à execução da função pleiteada e, ainda assim, de forma compatível com a dignidade humana, sendo evitados elementos mais detalhados e íntimos<sup>173</sup>.

Essa forma de abuso é muito sutil, sendo de difícil comprovação o dano na fase pré-contratual, uma vez que não há nenhuma legislação que obrigue o empresário, detentor de vagas a emprego, a justificar o porquê de sua escolha ou não de determinada pessoa. Tal fato faz parte da realidade empresarial, em que o empresário assume o risco do negócio e, por isso mesmo, tem liberdade e o direito de escolher quem melhor lhe aprouver, com a finalidade de obter melhores resultados em seus investimentos. A escassez de oferta e o excesso de demanda no mercado de trabalho possibilitam toda essa múltipla gama de escolha de requisitos, o que, na verdade, é uma forma cruel de discriminação, vedada pelo texto constitucional<sup>174</sup> e pela Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 373-A<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: Ltr, 1997, p. 63.

<sup>174</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: Ltr, 1997, p. 54.

<sup>175</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Dec. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. (Comp.) COSTA, Armando C.; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades R. 32. ed., São Paulo: LTr, 2005, 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: I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual seja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias...

Contudo, em países como a Itália e Argentina, a proteção da intimidade e à vida privada do obreiro estão presentes no seu ordenamento jurídico, com a proteção geral da dignidade do trabalhador e da livre manifestação do próprio pensamento e opiniões no local de trabalho. Dessa forma, a proteção da dignidade e da privacidade dos trabalhadores adquire um destaque peculiar, relativamente ao cumprimento da prestação trabalhista e nos conflitos de aspectos gerais da vida social e familiar do trabalhador, enquanto indivíduo<sup>176</sup>.

A dificuldade de comprovar o tratamento diferenciado compete, exclusivamente, ao empregado, ou ao aspirante à vaga, que se considera discriminado e, conseqüentemente, prejudicado. Em virtude da dificuldade de se desincumbir desse encargo, há doutrinadores que sugerem a inversão do ônus da prova em um Código-Tipo de Direito do Trabalho, prevendo-se o ressarcimento dos prejuízos sofridos<sup>177</sup>.

Nas relações de trabalho, a proteção da privacidade implica uma exigência mais precisa diante da possibilidade de indagações sobre a opinião política, sindical e religiosa ou sobre fatos não relevantes para os fins profissionais dos trabalhadores. Por isso, a necessidade da existência de uma área mais precisa de proteção da dignidade do trabalhador, com o intuito de eliminação das

---

<sup>176</sup> SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. Princípios para um Código-tipo de Direito do Trabalho para a América Latina. PERONE, Gian Carlo; SHIPANI, Sandro. (coord.). São Paulo: LTr, 1996, p. 184.

<sup>177</sup> SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. Princípios para um Código-tipo de Direito do Trabalho para a América Latina. PERONE, Gian Carlo; SHIPANI, Sandro. (coord.). São Paulo: LTr, 1996, p. 184.

possibilidades de discriminação empresarial, já na fase pré-contratual, através de aspectos estranhos para o desempenho da prestação trabalhista<sup>178</sup>.

Nesse sentido, a legislação italiana (Estatuto dos Trabalhadores) veta sobre indagações políticas, religiosas ou sindicais do trabalhador. A Lei do Contrato da Argentina, em seu art. 73, também, faz a mesma prescrição<sup>179</sup>.

No entanto, na Itália, não há exclusão da possibilidade de o empregador colher informações sobre fatos relevantes para a avaliação da confiabilidade e da competência do futuro empregado. Como se vê não é uma regra absoluta, abrindo, de qualquer forma, a possibilidade do empresário tomar conhecimento de fatos particulares da vida do candidato ao emprego, não havendo como afirmar com certeza que eles não serviriam para discriminação e não concessão de uma vaga de emprego.

É comum, no setor privado, a entrevista, os testes grafológicos, questionários, psicotestes e, requerimentos de folha corrida policial do candidato ao emprego e com menos freqüência, a astrologia empresarial.

Seja qual for o método adotado, para verificar a aptidão profissional do candidato, deve limitar-se à avaliação dentro de uma aceitação ética, não adentrando a esfera da vida privada do candidato ou empregado, a menos que

---

<sup>178</sup> Idem, ibidem, p. 188.

<sup>179</sup> Idem, ibidem, p. 188.

apresentem relevância para a execução das funções. Não é considerado, portanto, discriminação, quando o cargo assim o exigir.

**No entanto, com o desenvolvimento da legislação antidiscriminatória, os empregadores têm usado práticas neutras, indiretas de discriminação, como, por exemplo, exigir experiência em uma atividade, tradicionalmente, considerada masculina, em que as mulheres não tiveram oportunidade de trabalhar<sup>180</sup>.**

#### 4 Vigilância no ambiente de trabalho

O poder despótico do empregador, nas palavras de Russomano<sup>181</sup>, outrora admitido, é hoje recusado, porque repugna à natureza bilateral da relação de emprego, na qual duas ou mais vontades soberanas acordaram determinados pontos, que só poderão ser removidos pela força conjugada das mesmas vontades que os estipularam.

---

<sup>180</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: Ltr, 1997, p. 68.

<sup>181</sup> RUSSOMANO, Mozart Víctor. O empregado e o empregador no Direito Brasileiro. vol. 1, 2. ed. acresc. e atual. [Pelotas]: José Konfino, 1954, p. 162.

Os meios anteriores, de coordenar trabalhadores em grande escala, implicavam coerção. Com o capitalismo, o trabalho já não foi mais a ela submetido, pois passou o trabalhador a ser livre no sentido formal. Entretanto, o gestor capitalista, tinha que, de alguma forma, manter o controle dos trabalhadores, para poder manter a competitividade do negócio.

Paradoxalmente, pode-se dizer que este controle, que podemos também denominar de vigilância, desenvolveu-se com a democracia. Com efeito, está associado à demanda de igualdade política, às populações a quem previamente era denegado o acesso ao pleno exercício político. O controle sistemático, em escala ampla, tal como se tem atualmente, surgiu com o desenvolvimento da organização militar, das populações e cidades industriais, da administração governamental e a empresa econômica capitalista, dentro das nações-estado europeias. Foi e é um meio de poder<sup>182</sup>.

Não obstante, o controle, a vigilância, também pode ser considerado como a outra face da moeda da democracia. Na observação de Tocqueville, as modernas democracias de massas dependem da documentação e intervenção burocráticas. Sugere o pensador que a democracia produz cidadãos privados, cuja máxima preocupação é o bem estar pessoal. Isso faz com que tais indivíduos sejam, particularmente, vulneráveis. À medida que se desenvolve o controle,

---

<sup>182</sup> LYON, David. *El ojo electrónico, el auge de la sociedad de la vigilancia*. Versão espanhola de Jesús Alborés. Madrid: Aliança Editorial, 1995, p. 44. Trad. do original: *The electronic Eye. The rise of Surveillance Society*.

surge a preocupação individual relativamente à intimidade, estimulada pela intromissão da administração governamental, pelas organizações privadas, etc.<sup>183</sup>

Assim, o controle e supervisão dos trabalhadores pelas organizações empresariais têm ocorrido desde os primeiros dias da modernidade, com o fito de aumentar sua eficácia<sup>184</sup>.

O poder de controle dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado. Fiscalização essa que não se estende somente ao modo da prestação do trabalho, mas também, ao comportamento do trabalhador. Considerando que o empregador disponibiliza os instrumentos de trabalho ao empregado, sendo sua a titularidade da propriedade dos mesmos, teria o direito de monitorá-los, sem estar invadindo a intimidade do empregado?

A instalação de equipamentos audiovisuais (circuito interno de vídeo ou televisão e escutas) ou a contratação de pessoal especializado para a realização das tarefas de vigilância é prática comum entre as empresas brasileiras, não encontrando óbices na legislação infraconstitucional. Esse tipo de vigilância invade a intimidade do empregado que é constantemente filmado e ouvido<sup>185</sup>. Quando feita por pessoas denomina-se “serviços de polícia privada e vigilância”.

---

<sup>183</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid: Alianza, 1980. Trad. Do original *Democracy in America*. Glasgow. Collins, 1968, p. 386-387; 405-406.

<sup>184</sup> LYON, David. Op. cit., p. 45.

<sup>185</sup> SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 151.

Destinam-se a proteger o patrimônio do empregador, sendo comuns nos bancos e estabelecimentos de comércio com mercadorias expostas ao público<sup>186</sup>.

No entanto, a referida defesa do patrimônio, não raras vezes, torna-se, também vigilância dos próprios empregados, enquanto deveria ser somente de terceiros alheios à empresa<sup>187</sup>.

Quanto aos equipamentos audiovisuais, nada de errado na prática em si, no que diz respeito à instalação desses equipamentos, o que ocorre é o desvio de seu objetivo. Outrossim, se a intenção é o controle da atividade laboral, deveriam aqueles ser colocados apenas nos locais de desenvolvimento do trabalho, excluindo os locais para descanso e de uso exclusivo do trabalhador, tais como banheiros, refeitórios, cantinas, salas de café, vestiários etc. Alguns objetam ser a aparelhagem para fins de segurança. Se assim é, deveria limitar-se sua instalação aos locais de acesso a pessoas estranhas ao empreendimento<sup>188</sup>.

A outra forma de vigilância é a feita através da informática, uma vez que os dados acumulados no computador do usuário empregado podem ser verificados pelo empregador ou seus prepostos. Se o computador estiver conectado à internet, haverá também a possibilidade de vigilância dos acessos feitos à rede,

---

<sup>186</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997, p. 83.

<sup>187</sup> Idem, ibidem, p. 154.

<sup>188</sup> Idem, ibidem, p. 152.

bem como do correio eletrônico<sup>189</sup>. Situações que serão analisadas nos próximos tópicos.

## 5 Monitoramento das comunicações eletrônicas

A privacidade das comunicações eletrônicas de empregados, em empresas que utilizam redes de comunicação eletrônica (*E-mail*), *intranet* e *internet*, vem cada vez mais sendo debatida. A importância do assunto decorre de que há um extraordinário crescimento num mundo de sofisticadas redes de comunicação<sup>190</sup>.

O desenvolvimento de novas tecnologias, a ampliação dos conhecimentos, a crescente quantidade e intensidade de informações a que o homem está sendo submetido, estão produzindo modificações na organização da vida humana e nas relações sociais, criando condições favoráveis para novas necessidades e, conseqüentemente, novas demandas de liberdade e de poderes, implicando novos direitos<sup>191</sup>.

Direitos estes, considerados como de quinta geração,

---

<sup>189</sup> Idem, ibidem, p. 156.

<sup>190</sup> VARGAS, Luiz Allberto. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. *In* Direito do trabalho necessário. Telesca, Maria Madalena (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 117.

<sup>191</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Trad. do original *L'età dei Diritti*, p. 34.

“da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento de fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo”<sup>192</sup>.

Algumas empresas têm usado softwares de espionagem, que seriam uma espécie de *Websense*, para monitorar os mínimos movimentos, inclusive, do mouse, memorizando senhas e endereços de correios eletrônicos. Na Itália, embora ocorra o monitoramento, legalmente não é permitido, no entanto, nos Estados Unidos a utilização desse tipo de programa é perfeitamente lícita<sup>193</sup>.

As principais razões indicadas pelos empregadores para justificar a necessidade do monitoramento dos empregados são a falta de segurança no correio eletrônico e na rede (*internet*), que são suscetíveis a vírus<sup>194</sup>; divulgação de informações confidenciais da empresa a concorrentes; ao dedicar-se a tarefas estranhas ao trabalho há perda de produtividade dos empregados; com o *download* de arquivos ditos pesados, tais como música, imagens, jogos, o desempenho na *internet* se reduz, prejudicando a utilização para o trabalho propriamente dito; ao divulgar mensagens que possam incidir em difamação, atos discriminatórios, ou até mesmo assédio sexual, a imagem da empresa pode ser

---

<sup>192</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Teoria jurídica e os direitos novos. Rio de Janeiro: Lumens Júri, 2000, p. 100.

<sup>193</sup> *Internet: laborator*. Disponível em: <[http://www.spaziodonna.com/articolo.phtml?f\\_id=515](http://www.spaziodonna.com/articolo.phtml?f_id=515)>. Acesso em: 19 out. 2005.

<sup>194</sup> O *download* de arquivos da internet é potencialmente perigoso para as empresas, uma vez que expõe o sistema à ação de vírus, podendo causar enormes prejuízos.

seriamente prejudicada, uma vez que são veiculados em seu nome, recaindo sobre ela a responsabilidade por danos a terceiros<sup>195</sup>.

### **5.1 Sigilo da correspondência**

É no sigilo da correspondência que se encontra a proteção dos segredos pessoais, que dizem respeito apenas aos correspondentes. Não raro as pessoas expandem suas confissões íntimas, entendendo ser pura confidência<sup>196</sup>.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, considera inviolável o sigilo da correspondência, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Segundo José Afonso da Silva, é um dispositivo constitucional que dá dúplici tutela ao seu objeto, de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro, o segredo, como expressão do direito à intimidade<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> De acordo com o Novo Código Civil, art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: ...III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou razão dele; ... e Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a IV do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

<sup>196</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 14. ed. Ver. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 203.

<sup>197</sup> Idem, ibidem, p. 417.

Há também a Lei nº 6.538 de 22 de junho de 1978<sup>198</sup>, que regulamenta os serviços postais, prescrevendo em seu artigo 40, como crime: “devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem”, mesmo tipo definido no Código Penal, artigo 151<sup>199</sup>.

Questiona-se se há possibilidade de comparação entre a correspondência convencional e a correspondência cibernética.

Verifica-se que não existe uma construção doutrinária ou jurisprudencial sólida sobre o tema, fazendo a equivalência entre a comunicação de dados e a correspondência convencional. Se não há referências plausíveis, pode então a comunicação de dados ser passível de interceptação? É o que passaremos a analisar a seguir.

## **5.2 Correio eletrônico (*E-mail*)**

Apesar do que já foi colocado a respeito das redes de comunicações eletrônicas, considerando que é de uma tecnologia tão avançada, a comunicação através do correio eletrônico não oferece muita privacidade.

---

<sup>198</sup> BRASIL. Lei 6.538 de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20 out. 2005.

<sup>199</sup> BRASIL. Código penal: Decr. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 9. ed., atual. (Colab.) PINTO, Antonio L. de T.; WINDT, Márcia Cristina V. dos S.; CÉSPEDES, Livia. São Paulo: Saraiva, 2003.

O trânsito das mensagens eletrônicas tem uma circulação aleatória pela rede *internet*, sendo a pouca confidencialidade do sistema um dado estrutural. Não há ainda, apesar de todo o investimento que é feito quanto a essa tecnologia, a noção de quando poderemos ter certeza de que as mensagens enviadas serão lidas somente pelo destinatário<sup>200</sup>.

Tecnicamente a mensagem eletrônica tem as características de um cartão postal e não a de uma carta convencional. Isso porque, até chegar a seu destinatário final, transita por um sem número de computadores. Sendo possível, durante esse percurso, sua monitoração, e, virtualmente, impossível descobrir por quem<sup>201</sup>. Ainda, de acordo com o mesmo autor, ao contrário do se pensa, as mensagens deletadas em um computador não desaparecem, pois rotineiramente os provedores de acesso fazem cópias “back up” dos e-mails depositados, por prevenção contra cortes de energia, destruição magnética ou dificuldades de transmissão. Sabe-se que os provedores armazenam essas mensagens por um determinado tempo até que as apaguem. Assim, enquanto isso não ocorre, existe, potencialmente, a possibilidade de leitura por terceiros, sem o conhecimento do remetente ou do destinatário<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> VARGAS, Luiz Alberto. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. *In* Direito do trabalho necessário. Telesca, Maria Madalena (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

<sup>201</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 119.

<sup>202</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 120.

Entretanto, o empregado usuário do sistema ao utilizar uma senha, em princípio secreta, sente-se seguro, pois esta garante que somente ele terá acesso às mensagens a ele dirigidas, tal qual uma carta lacrada. Aqui, é irrelevante o fato de uma correspondência ter sido dirigida ao local de trabalho, posto que não seria lícito ao empregador abrir um envelope fechado dirigido ao empregado. Segundo Lippmann o empregado que tiver sua correspondência violada pelo empregador, terá sua intimidade invadida<sup>203</sup>.

Face ao exposto, resta a dúvida quanto à licitude da cláusula da invasão da privacidade, imposta por alguns empregadores, quando da admissão do empregado, isto é, o empregado faz uma declaração que está ciente de que seus telefonemas e sua correspondência, seja de papel ou por meio eletrônico, possam ser devassadas pela empresa, sem prévio aviso<sup>204</sup>.

Nesse sentido, entende-se que há licitude, desde que haja prévia combinação entre empregador e empregado, seja via contrato, seja por meio de convenção coletiva, ou através de regulamento de empresa.

Durante um congresso sobre Direito Eletrônico, em São Paulo, em 2000, o Ministro Nelson Jobim comentou a tendência do STF considerar a violação do e-mail não como de correspondência, mas da privacidade,

---

<sup>203</sup> LIPPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da *internet*. Revista LTr, v. 62, nº 04, abril/1998, p. 483.

<sup>204</sup> Idem, idem, p. 484.

evidenciando a tendência de não se equiparar o e-mail à carta, em nosso sistema legal<sup>205</sup>.

A partir desta linha de pensamento, destaca-se que entre os objetos descritos na Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, § 1º, não consta o *e-mail*. Relaciona a referida prescrição legal, como passíveis de serem chamados de objetos de correspondência, a carta, o cartão-postal, o impresso, cecograma e a pequena encomenda.

Portanto, fica claro que as dificuldades não são apenas técnicas, mas também políticas. As empresas são radicalmente contrárias em reconhecer aos empregados um espaço de privacidade para uso das comunicações eletrônicas no ambiente de trabalho. O argumento é de que os equipamentos são de propriedade da empresa, colocado à disposição para atender seus negócios, existindo razões empresariais, as quais já explicitamos, para a revista do correio eletrônico.

### **5.3 Internet**

A rede de comunicação virtual, denominada mundialmente de internet foi criada em 1969, nos Estados Unidos da América, com a denominação de Arpanet. Sua criação deveu-se a uma organização pertencente ao Departamento

---

<sup>205</sup> GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *E-mail* x empregados: É legal o monitoramento pela empresa? Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id:2509>. Acesso em 20 out. 2005.

de Defesa americano, com o objetivo de interligar universidades e organizações com fins militares. Com o crescimento dos serviços de correio eletrônico, a transferência de ficheiros tornou-se pequena, vindo a culminar num projeto maior, a *internet*, criando o conceito de comunidades virtuais de indivíduos, com a virtude de aproximar grandes massas, tornando-a uma ferramenta de trabalho imprescindível<sup>206</sup>.

É a *Internet* indicadora de novos rumos, sendo inquestionáveis as imensas possibilidades que através dela se abrem. No entanto, nelas estão inseridas questões polêmicas de difícil solução no campo do direito, uma vez que ainda não resolvidas por ele. Sua relevância é grande, não só por sua complexidade, mas também por seu conteúdo teórico-científico e pelo fato de não estar estruturada normativa, doutrinária e jurisprudencialmente<sup>207</sup>.

Desde que a *internet* transformou-se em ferramenta no ambiente de trabalho, além de benefícios, tem trazido também preocupações para os empregadores, que temem sua má utilização, causando prejuízos a seus negócios.

---

<sup>206</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O controle jurisdicional das mensagens veiculadas através da *internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 738, p. 76.

<sup>207</sup> OLIVO, Luis Carlos Cancellier. Os novos direitos enquanto direito públicos virtuais na sociedade da informação. *In Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. Wolkmer, Antonio Carlos; Leite, José Rubens Morato (org.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 327.

Para tanto, eles têm procurado proteção contra o mau uso dos meios eletrônicos por seus empregados. Esse mau uso ou abuso é denominado de *cyberlacking*, significando o uso dos recursos da empresa para fins particulares ou improdutividade virtual e *cyberlackers*, os empregados que fazem uso da rede, no horário de trabalho, para outros fins<sup>208</sup>.

Na Itália, estão chamando de epidemia da febre da *internet*, pois foi detectado que 70% do empregados acessam a rede, no horário de trabalho, para fins diversos, o que é uma estatística relevante.

Uma das dúvidas surgidas é o que se entende por utilização indevida ou imprópria da rede. Com a finalidade de dirimir tal dúvida a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) definiu na norma ISO/IEC 17799 que:

[...] os recursos de processamento da informação de uma organização são fornecidos para propósitos de negócio. A direção deve autorizar seu uso. Convém que qualquer uso destes recursos para propósitos não profissionais ou não autorizados, sem a aprovação da direção seja considerado impróprio. Se for identificado por processo de monitoramento ou outros meios, convém que seja levado ao conhecimento do gestor responsável para que sejam aplicadas as ações disciplinares cabíveis<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> *INTERNET: lavoratori*. Disponível em: <[http://www.spaziodonna.com/articolo.phtml?f\\_id=515](http://www.spaziodonna.com/articolo.phtml?f_id=515)>. Acesso em: 19 out. 2005. Interessante colocar-se, que no mesmo *site* há uma pesquisa, questionando se é justo controlar os empregados que navegam na rede, durante o horário de trabalho. Surpreendentemente, 79,1% das pessoas responderam que sim, contra 13,5%, que não e 7,4% não sabiam.

<sup>209</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ISO/IEC/17799.

As estatísticas do instituto de pesquisas americano *Worldtalk Corp.* dão idéia do tamanho do problema. Baseado nos dados de 100 empresas, o levantamento mostra que 31% das mensagens corporativas têm conteúdo inadequado (de paquera e correntes a informações sigilosas); 10% são *spam*; 9% contêm arquivos pesados, que congestionam a rede; e 8% carregam vírus, pornografia ou piadas. "No Brasil, mais de 50% das mensagens que trafegam todos os dias nas redes corporativas são lixo", afirma Mauricio Strasburg, diretor da GS Sistemas, empresa especializada em segurança<sup>210</sup>.

Apesar de o mau uso do equipamento colocado à disposição dos empregados ocorrer via *e-mail*, pode-se afirmar que ele é mais freqüente em sessões de navegação por *internet*<sup>211</sup>.

Uma das maiores preocupações com o uso da *internet* são as fraudes e a privacidade *on-line*, dificultando, inclusive o desenvolvimento do comércio eletrônico no Brasil, pois não há regulamentação específica em relação à matéria. Os dados pessoais, disponibilizados *on-line*, são passíveis de ser coletados, diretamente do computador do usuário, sem sua autorização, bem como sem o seu conhecimento<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> LUCENA NETO, Cláudio de. Função social da privacidade. *Jus navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id+2834>>. Acesso em: 19 out. 2005.

<sup>211</sup> VARGAS, Luiz Alberto de. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. *In* Direito do trabalho necessário. Telesca, Maria Madalena (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.131.

<sup>212</sup> ROHRMANN, Carlos Alberto. Notas acerca do direito à privacidade na internet: a perspectiva comparativa. COSTA, Wille Duarte (coord.) Belo Horizonte: Revista da Faculdade de direito Milton Campos, 1994, v. 9, p. 19.

Se não temos uma lei específica para regulamentar o assunto, se indubitavelmente existe uma grande fragilidade quanto à captação de dados nos computadores dos usuários, questiona-se se a monitoração do uso da *internet*, pelo empregador, pode caracterizar invasão de privacidade ou intimidade dos empregados?

Diferentemente do que se disse a respeito do correio eletrônico, *e-mail*, entende-se que, sendo a *internet* um meio aberto, ou seja, não é de acesso exclusivo, não há como considerar invasão de privacidade ou intimidade, seu monitoramento, no ambiente de trabalho, por parte do empregador.

### Parte III

#### **O DANO E A REPARAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Como visto na parte anterior desse estudo, há várias hipóteses de divergência entre empregados e empregadores, quanto ao conflito de direitos de um e outro, isto é, entre o direito à intimidade de um e o direito de poder de comando de outro. E, também, que em virtude do direito-poder que detém o empregador, tem ele mais condições de resolver o assunto, em âmbito interno empresarial, por conta própria, pois é detentor do poder disciplinar. Ele pode impor medidas disciplinares ao empregado e até demiti-lo, inclusive, por justa causa, se for o caso.

Por outro lado, não tem o empregado os mesmos poderes, para insurgir-se, quando seus direitos são infringidos. O máximo que a legislação laboral prevê, em termos de atitudes que ele possa tomar, é requerer rescisão indireta de seu contrato de trabalho no Foro Trabalhista.

De qualquer forma não se pode esquecer que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê o direito à indenização pelo dano moral ou material, em decorrência da violação da intimidade e da vida privada. Essa garantia é ampla, não estabelecendo em que circunstância possa acontecer. Portanto, se ocorrer durante a execução de um contrato de

trabalho, terá direito o trabalhador a postular uma indenização. Obviamente, o empregador, da mesma forma, também tem o direito a essa garantia constitucional. No entanto, analisaremos aqui a lesão à pessoa do empregado, durante a consecução da relação laboral.

## 1 Dano moral

Historicamente, a noção jurídica de dano vinculou-se à idéia de patrimônio. Era, majoritariamente, aceita pela doutrina e jurisprudência a concepção de que apenas em relação aos bens materiais efetivamente avaliáveis, o dano era determinável, sendo suscetível de ressarcimento, apesar de que o antigo Código Civil, em seu art. 159, não fizesse referência a espécies de dano<sup>213</sup>. De qualquer forma, mesmo faltando uma regra geral referente à reparação do dano moral, não estaria o agente causador do mesmo isento de repará-lo, pois o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) denota que na omissão da lei o juiz decidirá o caso de acordo com os princípios gerais de direito.

Não obstante, hodiernamente, é pacífico que, supondo a noção de dano uma lesão a qualquer tipo de interesse, o prejuízo causado pode ser

---

<sup>213</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Dano moral. *In* Instituições de Direito do Trabalho, v. 1. 16. ed. atual. por SÚSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. São Paulo: LTr, 1996, p. 621.

moral ou patrimonial, sendo averiguado pela diminuição ou destruição de um bem jurídico pertencente a alguém<sup>214</sup>.

A categorização do dano moral como dano passível de ressarcimento é muito mais fruto da doutrina e da jurisprudência do que um conceito legal, em nosso país. Não obstante, nosso Código Civil<sup>215</sup> vigente, prevê nos artigos 953 e 954 a indenização para reparação do dano moral.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 desfez as dúvidas existentes no mundo jurídico pátrio, quanto à possibilidade de indenização por dano moral, determinando no artigo 5º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e no inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, garantindo o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

É uníssono, atualmente, que todo o indivíduo constrói um patrimônio moral e um patrimônio material. O primeiro é aferível subjetivamente, o segundo, objetivamente.

Miguel Reale não exclui a possibilidade de uma divisão tripartida do dano, isto é, o dano material, correspondente à valoração pecuniária e a uma

---

<sup>214</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no direito do Trabalho, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24.

<sup>215</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 953-954.

necessidade econômica; o dano moral, que se refere aos estados da alma, a sofrimentos ou sensações dolorosas que afetam os valores íntimos da subjetividade; e, o dano pessoal, correspondente à imagem social<sup>216</sup>. No entanto, prefere distinguir o dano moral entre objetivo e subjetivo, considerando que o primeiro atinge a dimensão moral da pessoa no meio social (dano à imagem) e o segundo, diz respeito ao mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, exigindo inequívoca reparação<sup>217</sup>.

### 1.1 Conceito

Muitos são os conceitos acerca desse instituto. O setor doutrinário civil é vasto e de imenso potencial. Em face disso, faremos a exposição de alguns conceitos existentes na doutrina em torno do dano moral.

Uma das correntes, minoritária, conceitua o dano moral por exclusão, ou seja, dano moral seria toda lesão que não possa ser considerada dano patrimonial. Os adeptos dessas idéias preferem usar a expressão danos extrapatrimoniais ao invés de danos morais. Então, danos morais são os que não comportam, por si mesmo, uma perda econômica,

---

<sup>216</sup> REALE, Miguel. Comentários à Constituição do Brasil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p.65.

<sup>217</sup> Idem, ibidem, p. 23.

uma redução do patrimônio. Contudo, isso implica a negação de dano moral, quando a violação repercute indiretamente no patrimônio da pessoa. Para Pizarro, essa corrente se socorre de um critério simplista<sup>218</sup>. Segundo a opinião do autor, o dano moral deve ser conceituado pelo que é e não pelo que não é. Ele tem um conteúdo próprio que pode e deve ser precisado em termos positivos.

Para outra corrente doutrinária de grande aceitação na França, Itália e Argentina, o dano moral é uma lesão de direito extrapatrimonial, em contraposição ao dano patrimonial que é pura e exclusivamente a lesão a bens materiais. A distinção se fixa no distinto caráter do direito lesionado<sup>219</sup>. Sustentam os que assim pensam<sup>220</sup> que, a lesão a um direito patrimonial deveria gerar um dano dessa natureza, a lesão a direitos extrapatrimoniais teria que produzir um dano moral.

Apesar da importância de seus sustentadores, essa doutrina não escapou a numerosas críticas, porque uma lesão a direitos extrapatrimoniais não gera necessariamente somente um dano dessa índole, podendo gerar também um de caráter patrimonial. Da mesma forma, uma lesão a direitos patrimoniais, pode causar além de dano patrimonial, também de um de ordem moral.

---

<sup>218</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 28.

<sup>219</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>220</sup> Fazem parte dessa corrente: Mazeaud, H. y L; Savatier; Acuña Anzorena.

Uma terceira corrente também põe relevância na índole dos direitos lesionados, ainda que de maneira mais restrita. De acordo com esse critério, dano moral é o que se infere da violação de algum dos direitos da personalidade, que protege como bem jurídico tutelado os atributos da personalidade, tais como a paz, a intimidade, a liberdade individual, a integridade física, etc. Assim, o dano extrapatrimonial se determinaria sobre a base de duas diretivas, uma formulada em sentido positivo e outra em sentido negativo, quais sejam, lesão a direitos da personalidade jurídica e ausência de repercussão na esfera patrimonial. Na verdade essa doutrina é uma síntese da anteriormente apresentada e sua crítica é feita pelas mesmas razões. Por outro lado, denota uma visão restrita, uma vez que só faz referência aos direitos da personalidade, esquecendo-se da existência no âmbito extrapatrimonial de outros direitos, como os políticos, os sociais, os da família, cuja redução também deveria gerar um dano moral<sup>221</sup>.

Outro posicionamento doutrinário é de que o dano moral consiste na lesão a um interesse de caráter extrapatrimonial, que é pressuposto de um direito. Considera, em contraposição, o dano moral como uma lesão a um interesse de ordem patrimonial. Portanto, a diferença entre um e outro

---

<sup>221</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 31.

não se fixa no caráter do direito lesionado e sim nos diversos interesses que são pressupostos desse direito<sup>222</sup>.

E, por último, a doutrina que leva em conta o resultado ou consequência da ação que causa o dano. Doutrina essa sustentada por Pizarro. Assim, em um sentido amplo, ele se identifica com a ofensa ou lesão a um direito, ou a um interesse não legítimo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Dessa forma concebido todo ato ilícito, por definição, deveria produzi-lo, pois a ação ou omissão ilícita pressupõe sempre uma invasão na esfera de direitos alheios. E só o fato de uma intrusão indevida determina que o autor deva cessar sua ação e restabelecer o equilíbrio alterado.

Inferre-se do exposto que o dano moral importa numa minoração na subjetividade da pessoa, derivada da lesão a um interesse não patrimonial, uma modificação de desvalia do espírito, no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir, consequência de uma lesão a um interesse não patrimonial, que haverá de traduzir-se em um modo de estar diferente daquele ao que se falava antes do fato, consequência deste e animicamente prejudicial<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 34.

<sup>223</sup> Idem, ibidem, p. 38.

**Porém, essa posição também sofre críticas, no sentido de que não é aceitável a construção jurídica que atende aos resultados ou conseqüências da ação antijurídica para caracterizar o dano patrimonial e o moral. Conforme a opinião de Zannoni<sup>224</sup>, os bens patrimoniais representam para o homem, meros meios econômicos, para a satisfação de interesses. Em troca, os chamados bens extrapatrimoniais da pessoa (atributos da personalidade ou direitos subjetivos reconhecidos ao homem como ser existencial) constituem fins em si mesmos, porque se confundem com sua própria personalidade.**

**Para Agra Belmonte, dano, para efeitos de responsabilidade civil, é o prejuízo causado a bem jurídico de determinado sujeito do direito ou de coletividade, por ação ou omissão imputável a outrem<sup>225</sup>. Dano é toda e qualquer ofensa ao patrimônio ou bem tutelado juridicamente e dano moral é a lesão causada a direito da personalidade, é o dano decorrente da agressão sentimental ou afetiva a direito da personalidade, sendo de natureza extrapatrimonial<sup>226</sup>.**

**Dano moral é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa,**

---

<sup>224</sup> ZANNO, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 287.

<sup>225</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no direito do trabalho. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24.

<sup>226</sup> Idem, ibidem, p. 27.

os quais constituem o sustentáculo sobre o qual a personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida, na opinião de Teixeira Filho<sup>227</sup>.

Na lição de Bittar, o dano moral corresponde a turbações de ânimo ou reações desagradáveis, desconfortáveis, constrangedoras ou assemelhadas, produzidas na esfera jurídica do lesado, atingindo seu espírito. Tais danos são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade<sup>228</sup>. Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais àqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e o da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)<sup>229</sup>.

No dizer de Florindo, “a verdade é que podemos ser lesados no que somos e não somente no que temos”<sup>230</sup>.

**Enfim, na hipótese de dano moral,**

---

<sup>227</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Dano moral. *In* Instituições de Direito do Trabalho, v. 1. 16. ed. atual. por SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. São Paulo: LTr, 1996, p. 620.

<sup>228</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para a sua fixação. *In* Repertório IOB, 1. quinz. ago. 93, n. 15/93, p. 293.

<sup>229</sup> Idem. Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 46.

<sup>230</sup> FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999, p. 34.

**...não é dinheiro, nem a coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado<sup>231</sup>.**

**Portanto, à luz do que dizem conceituados doutrinadores, pode-se afirmar que dano moral é aquele decorrente de uma violação, com fortes abalos, à personalidade do indivíduo, afetando-lhe a paz, causando dor psíquica ou física, sendo seu caráter extra-patrimonial, com reflexos patrimoniais.**

**Ainda há quem classifique os danos morais.**

**Bittar classifica-os em danos morais puros ou diretos e reflexos ou indiretos. Os primeiros seriam aqueles que se exaurem nas lesões a certos aspectos da personalidade (esfera íntima do psiquismo, ou da personalidade; da consideração social: reputação), ou seja, o dano moral somente poderia ser classificado como tal se não tivesse repercussão econômica, pois senão o dano seria de ordem material. Já os segundos, constituiriam efeitos ou interpolações de atentados ao patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico lesado<sup>232</sup>.**

---

<sup>231</sup> DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 7. ed. rev. e aum., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 812.

<sup>232</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 47-48.

**Maria Helena Diniz classifica-os em diretos e indiretos, asseverando que os primeiros consistem na lesão a um interesse que visa à satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade ou atributos da pessoa. Os segundos correspondem a lesão de um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais que produz redução a um bem extrapatrimonial.**

## **1.2 Dano moral civil e dano moral trabalhista**

**O dano é um dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil. Assim, não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano. E o dano que constitui requisito da obrigação de indenizar, tanto pode ser patrimonial, quanto moral<sup>233</sup>.**

**Salienta-se que não é qualquer alegação de dor íntima e/ou suposta ofensa sofrida que caracteriza a existência de dano moral ou a ocorrência de efetivo prejuízo extrapatrimonial. A ofensa ao patrimônio moral do indivíduo deve ser tal, que venha a acarretar-lhe uma perturbação psicológica geradora de angústia e de alteração comportamental<sup>234</sup>.**

---

<sup>233</sup> DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 7. ed. rev. e aum., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 796.

<sup>234</sup> LOBREGAT, Marcus Vinicius. Dano moral nas relações individuais de trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 44.

A responsabilidade civil é um instituto, cujos desdobramentos se fazem sentir em todos os ramos do Direito. Seja no direito Administrativo, no Direito Civil, no Direito do Consumidor, bem como no Direito do Trabalho. É uma sanção que poderá ser imposta àquele que violou uma norma jurídica, visando o restabelecimento do *status quo ante*. A responsabilidade civil tem dúplex função, garantir o direito do lesado à segurança e servir como sanção civil de natureza compensatória sob a forma de reparação civil do dano causado à vítima.

Normalmente nas relações jurídicas negociais, espera-se que as partes convenientes estejam em equilíbrio. Entretanto, sabe-se que no âmbito das relações de trabalho não existe esse equilíbrio. Devido ao estado de subordinação jurídica em relação ao empregador, o empregado tem mais possibilidades de ser moralmente atingido do que outro indivíduo, devido a sua posição hierárquica<sup>235</sup>. Por isso, é a relação de emprego fonte latente de ocorrência de danos morais, pois ficando à disposição do empregador, o trabalhador obriga-se a permanecer em estado de subordinação jurídica, como condição de execução do contrato, colocando em risco a sua força física e/ou intelectual de trabalho, muitas vezes a própria vida e, ainda, seus

---

<sup>235</sup> LOBREGAT, Marcus Vinicius. Dano moral nas relações individuais de trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 85-86.

**atributos valorativos da personalidade: a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade<sup>236</sup>.**

**Portanto, o dano moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, entre outros, e sua respectiva reparação, é perfeitamente possível de ocorrência no âmbito das relações de emprego<sup>237</sup>. O dano moral é de cunho trabalhista quando o sofrimento íntimo é causado a uma das partes do contrato pela outra, no âmbito das relações de um vínculo empregatício. Isso é consequência natural decorrente do fim do Direito do Trabalho, que é, justamente, tutelar o relacionamento existente ou ocorrido entre empregado e empregador, quanto a questões oriundas da relação de emprego.**

**O ato patronal que invade a intimidade do empregado, propagando fatos ou ações de domínio restrito, sem o consentimento do trabalhador, ou mesmo versão distorcida do ocorrido, constitui, em princípio, lesão configuradora do dano moral<sup>238</sup>.**

---

<sup>236</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131.

<sup>237</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 613-614.

<sup>238</sup> LIPPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da internet. São Paulo: Revista LTr, v. 62, c. 04, abr. 1998, p. 483.

**A responsabilidade pelas indenizações por dano moral, pela invasão da intimidade do empregado, decorrentes da conduta ilícita cometida pelo empregador ou suas chefias, é, sem dúvida alguma, daquele. Essa responsabilidade é extensível ao sujeito de direito que tenha vínculo de responsabilização por verbas derivadas do contrato de trabalho, em face do empregador. Pode ser: o tomador de serviços terceirizados, o ente integrante do grupo econômico, o sócio de pessoa jurídica nos casos de desconsideração da personalidade desta, o membro de consórcio de empregadores, etc<sup>239</sup>.**

**Para que haja responsabilização empresarial há a necessidade de requisitos essenciais, que, em princípio, são a ação ou omissão, o dano e o nexa causal<sup>240</sup> e que tenha ocorrido na execução da relação de emprego.**

**A ação comissiva ou omissiva pode ser apresentada sob a forma de ato ilícito ou lícito, pois existe também a questão do risco, inferindo que nem toda a obrigação de indenizar advém de ato ilícito, como no caso de reparação de acidentes de trabalho. Deve haver o nexa causal entre o dano e a ação, pois não há como existir a responsabilização civil do agente sem o vínculo entre a ação e o dano. E, obviamente, a existência do dano.**

---

<sup>239</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 617.

<sup>240</sup> O nexa causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o dano sofrido, culminando na constatação do dever de indenizar. *In* LOBREGAT, Marcus Vinicius. Dano moral nas relações individuais de trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

Entendem alguns, que, analisando sob este enfoque, resta claro que a interceptação de dados, ainda que relativos à comunicação efetuada na rede interna de uma empresa, é ato criminoso e como tal, não poderia ser praticado pelo empregador, sem prévia autorização judicial. E, assim, o empregador que intercepta os *e-mails* destinados a seus empregados estaria sujeito, além de ser processado criminalmente, a pagar indenização correspondente aos danos morais pela violação da intimidade.

Quando há lesão de direitos da personalidade, não se questiona a ocorrência de culpa “*lato sensu*”, ou seja, a investigação sobre a intenção ou não do ofensor é despicienda, bastando o lesado comprovar o dano e o nexó causal, que restará caracterizado o dever de indenizar. Posição essa, consonante o pensamento de Fábio Henrique Podestá<sup>241</sup>. Não há exigência do legislador constitucional da necessidade da repercussão econômica para a indenização do dano. Deve sim, ter havido a violação dos atributos valorativos da personalidade, no caso, o direito à intimidade<sup>242</sup>. Tendo o empregado o direito à intimidade, não pode o empregador interferir nas relações familiares do empregado, na sua intimidade sexual, violar sua correspondência ou exigir ciência de segredos profissionais que o contrato de trabalho não obriga à divulgação. Da mesma forma, não pode o

---

<sup>241</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade de imprensa. Danos por publicação de notícias. *In* Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998). COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). São Paulo: J. Oliveira, 1999, p. 225-226.

<sup>242</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.

**empregador interferir na vida privada do empregado, impondo-lhe determinada conduta no âmbito de seu recesso.**

**No entanto, existem hipóteses em que o interesse público supera o interesse do indivíduo, justificando o sacrifício da intimidade. Mas, tal sacrifício não significa eliminação total, apenas redução, diminuição da intimidade.<sup>243</sup> Além disso, todos os direitos, em especial os direitos constitucionais são relativos<sup>244</sup>e, por isso, suscetíveis de regulamentação e limitação, não só para que cumpram o bem comum, mas também tutelem a ordem e a moral públicas<sup>245</sup>.**

#### **Consonante o pensamento de Plá Rodriguez<sup>246</sup>:**

**Em geral, são considerados lícitos os controles visuais, partindo da premissa de que não há maiores limitações legais para observar diretamente, através de supervisores, a atuação funcional e o comportamento dos trabalhadores. O limite é a dignidade e a intimidade do trabalhador, que deve ser preservada. A aparição de telas ou de circuitos fechados de televisão é resultado da incorporação de meios técnicos que antes não existiam.**

---

<sup>243</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43.

<sup>244</sup> Portanto, o direito à intimidade poderá sofrer limitações, presentes determinadas justificativas. Nesse sentido, também, PONTES DE MIRANDA, Cláudio Cavalcanti. Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Empr. de Public. Technicas, 1932, p. 125. (Tratado de direito privado, Tomo VII).

<sup>245</sup> Na lição de Germán Bidart Campos, que sustenta que a *“relactividad de los derechos presta base constitucional a la teoria del abuso del derecho, desde que dicha teoria presupone admitir que los derechos tienen o cumplir uma función social”*. Apud PIZARRO, Ramon Daniel. *Detras de las noticias. Responsabilidad por daños*, vol. I, Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1990, p.62.

<sup>246</sup> RODRIGUEZ, Plá. Congresso Regional Americano de Direito do Trabalho e de Seguridade Social”. Anais... Québec: Yon Blais, maio/1995, p. 46.

Belmonte defende a idéia de que seria melhor presumir, *iuris tantum*, que toda a despedida por justa causa não provada e toda a suspensão injusta ensejem reparação no campo moral, pois agridem a boa imagem do empregado, uma vez que nem toda a despedida por justa causa é de igual gravidade, sendo, muitas vezes, difícil provar e constatar a caracterização concreta do dano<sup>247</sup>.

Em 1996, a OIT aprovou projeto de Recomendações práticas sobre proteção de dados pessoais dos trabalhadores, visando futura adoção de normas internacionais do trabalho a respeito da matéria<sup>248</sup>.

### 1.3 Natureza da responsabilidade por dano moral trabalhista

A natureza da responsabilidade por dano moral trabalhista é meramente compensatória, uma vez que não se pode restituir a coisa ao seu *status quo ante*, como pode ocorrer na reparação do dano material.

A indenização por dano moral não significa o preço da dor, porque essa não tem preço, mas pode, perfeitamente, atenuar a manifestação dolorosa e deprimente que tenha sofrido o trabalhador lesado. Embora a

---

<sup>247</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 182-183.

<sup>248</sup> Idem, ibidem, p. 158.

**indenização financeira não seja a única modalidade de reparação de danos, é uma das penalidades mais importantes<sup>249</sup>.**

**Como esclarece Maria Helena Diniz:**

**O direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.<sup>250</sup>**

**Por outro lado, para o ofensor deve, sobretudo, constituir uma pena, uma sanção, tendo para ele um caráter exemplar.**

**Denota-se, assim, que é inegável o duplo caráter do dano, de compensação para a vítima e de pena para o agente do ato ilícito. Importante é, que a vítima não fique sem a devida reparação, nem tampouco impune o responsável pela lesão.**

**Diz-se ainda que a responsabilidade por dano moral trabalhista é de natureza subjetiva, fulcrada no ato ilícito, não bastando a existência do fato sem a perquirição de culpa (direita ou indireta) ou dolo. Excetua-se os**

---

<sup>249</sup> FLORINDO, Valdir. Dano moral e o direito do trabalho. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 188.

<sup>250</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1998, p.75.

**casos decorrentes acidentes do trabalho, em que a responsabilidade é objetiva<sup>251</sup>.**

**Quando o dano moral ocorre em período que antecede a contratação, no período seletivo de candidatura ao emprego, como ocorre, por exemplo, na obtenção de informações com invasão da intimidade e da vida privada do candidato, ele não é de natureza trabalhista, devendo ser buscado no foro da Justiça comum, sendo de natureza extracontratual.**

## **2 A reparação do dano moral no ambiente de trabalho**

**Os atentados contra a intimidade do indivíduo podem acarretar prejuízos de ordem econômica, pelo abalo ao conceito social do ofendido, restringindo, conseqüentemente, suas possibilidades de trabalho ou de realização de negócios.**

**Podem, inclusive, acarretar a perda de um emprego. Tais ocorrências podem advir tanto da parte do empregador, como da parte de terceiros em relação ao vínculo empregatício. Neste estudo está sendo tratada apenas a possibilidade da primeira hipótese.**

---

<sup>251</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no Direito do Trabalho, 2. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002, p. 187.

Apenas como exemplo, cita-se a despedida de um empregado, porque alguém participa a seu empregador, que ele teve problemas de ordem criminal no passado, causando-lhe prejuízo econômico, pelo desvelamento de aspecto de sua vida privada<sup>252</sup>.

Quando há violação do direito à intimidade do empregado, em geral ocorre dano moral e material, porquanto as duas esferas estão relacionadas. O dano moral se faz presente, com mais intensidade, na lesão aos direitos da personalidade. Entretanto, não se encerram aí todas as possibilidades de indenização por dano moral, uma vez que se pode incluir os danos resultantes por várias outras ocorrências, tais como: uma dor íntima pela perda de um parente, o resultado de lesões corporais sofridas pela própria vítima, lesão estética, ofensa à honra, a indevida publicidade de dados acobertados pelo sigilo fiscal e bancário, etc.

A reparação do dano moral não tem por fim restaurar o *status quo* ante à dor íntima provocada, pois é impossível, mas sim a compensação pelo sofrimento experimentado, não guardando qualquer relação com a existência de um prejuízo de ordem material que, paralelamente à agressão aos valores íntimos da vítima, possa ter ocorrido. De alguma forma, a vítima deve ser compensada pela angústia, humilhação, aflição ou pesar causados

---

<sup>252</sup> Fato que nos leva a cogitar do direito ao esquecimento, idéia defendida no artigo de *Warren & Brandeis*, no final do século XIX, de que o direito à vida privada cessa com a publicação dos fatos pelo interessado ou com o seu consentimento. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5. Boston, dec. 1890, p. 193-220.

**a atributos valorativos da personalidade e, ao mesmo tempo, ver o agente punido exemplarmente perante a sociedade, para que a dor seja aplacada.**

**O dano moral não está, necessariamente, ligado a prejuízo de ordem patrimonial, significando a reparação da dor causada às virtudes do sujeito enquanto ente social<sup>253</sup>.**

## **2.1 Competência**

**Antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2002, muito controvertida foi a questão da competência para apreciação dos conflitos relacionados ao dano moral na relação de emprego.**

**Havia três grupos de posicionamentos com respeito ao tema: a) os que admitiam a reparação do dano moral nas relações de trabalho e a competência da Justiça do Trabalho para apreciação dos conflitos a ele relacionados; b) os que entendiam ser de natureza civil eventual dano moral entre empregado e empregador e a absoluta incompetência da Justiça do**

---

<sup>253</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no Direito do Trabalho. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.28.

**Trabalho para solução de tais conflitos; e, c) os que admitiam (dependendo de edição de lei), que os conflitos envolvendo dano moral decorrente da relação de emprego podiam ser decididos pela Justiça Especializada.**

**A Constituição Federal de 1988, após a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, em seu artigo 114, retirou qualquer dúvida que pudesse pairar, quanto à competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos que envolvem o dano moral, quando são partes empregador e empregado. Antes mesmo dessa Emenda Constitucional, que conferiu novas competências à Justiça do Trabalho, a doutrina e a jurisprudência já eram majoritárias, neste sentido.**

**Assim, se o empregado ou ex-empregado tem os seus direitos personalíssimos violados enquanto trabalhador, pelo empregador ou ex-empregador, em decorrência do vínculo de trabalho, somente segundo as normas e princípios do Direito do Trabalho, poderá a questão ser apreciada, no âmbito da Justiça do Trabalho.**

**Quando o art. 114 da Constituição Federal prescreve que “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] inciso VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”, expõe de forma cristalina a competência para dirimir conflitos não só em relação ao trabalho subordinado, como também às demais formas de trabalho, portanto, bem mais abrangente.**

**Além da posição legal, frisa-se também que, determinadas hipóteses de dano moral, somente subsistiriam sob o enfoque da relação de trabalho, apreciadas segundo normas e princípios de natureza protecionistas, pelo fato de que seria inconcebível sua apreciação pelo direito comum, uma vez que esse tem por fim regular relações, em geral, fundadas na igualdade das partes<sup>254</sup>.**

## **2.2 Dificuldades para reparação do dano**

**Muito embora seja prevalente a tese da reparabilidade do dano moral, nos dias de hoje, sempre houve grande controvérsia a respeito do assunto.**

**Ressalta-se que estão superadas as idéias que embasavam a irreparabilidade do dano moral. Os que são contra<sup>255</sup> o ressarcimento do dano moral consubstanciam sua posição nos seguintes argumentos: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número das pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f)**

---

<sup>254</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no Direito do Trabalho. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 141.

<sup>255</sup> Entre eles cita-se Gabba, Minozzi e Chironi.

imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz<sup>256</sup>.

Não há dúvida, entretanto, que a maior dificuldade à reparação do dano moral é, precisamente, o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo entre o dano e o ressarcimento. O dano material nunca é irreparável, uma vez que há a possibilidade restauração da situação anterior ou da integração do patrimônio mediante o equivalente pecuniário do desfalque<sup>257</sup>.

As dificuldades da reparação do dano moral concentram-se na manutenção do equilíbrio na aplicação da pena. No entanto, até mesmo na ocorrência de dano material, o jurista se dá por satisfeito, ao conseguir uma aproximação do estado ideal, quando não é possível a reposição da coisa subtraída. Opera-se a compensação, substituindo-a por outra, ou pelo dinheiro com que poderá adquiri-la, se quiser. Resta, assim, superado esse argumento, porquanto não é razão suficiente para não indenizar, o fato de não haver possibilidade da exata equivalência, sendo o arbitrário, da essência das coisas, em matéria de dano moral<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 7. ed. rev. e aum., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 820.

<sup>257</sup> Idem, ibidem, p. 812.

<sup>258</sup> DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 7. ed. rev. e aum., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 823.

Outros repugnam a idéia de que a consciência jurídica atribua equivalente pecuniário a um bem que integra o patrimônio moral, o que seria contrário àquilo que se procura proteger. Contudo esse argumento não atende o sentimento de justiça<sup>259</sup>.

Sabe-se que a reparação do prejuízo não faz reverter o abalo psíquico decorrente do desvelamento indevido de aspectos íntimos da vida das pessoas. Todavia, a reparação, para que seja completa, deve levar em conta esse aspecto<sup>260</sup>. A aferição de um valor monetário ao sofrimento humano serve, meramente, para proporcionar uma alegria compensatória pelo abalo experimentado.

Dessarte, a violação ao direito à privacidade, mesmo não provocando dano suscetível de imediata aferição econômica, gera o dever de indenização por dano moral.<sup>261</sup> Se há prejuízo, há o dever de reparar. O violador do direito à privacidade estará obrigado à indenização de natureza civil, tanto como medida prioritária, buscando a reconstituição natural, dentro do que a realidade possibilitar, bem como do interesse demonstrado pelo ofendido. E, logo a seguir à indenização em pecúnia, segundo a

---

<sup>259</sup> Idem, *ibidem*, p. 823-824.

<sup>260</sup> SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes Ltda., p. 77.

<sup>261</sup> MACHADO, Jânio de Souza. *O dano moral pela violação ao direito à privacidade: o Mercosul e os direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 104.

conveniência e interesse do ofendido, como consequência do dano ocasionado.<sup>262</sup>

O dano moral, em princípio, não é passível de mensuração. Na maioria das legislações em que foi adotado, prevalece a responsabilização por danos morais puros<sup>263</sup>, sem critérios rígidos e fixos.

A extrema dificuldade de sua demonstração e o extenso arbítrio concedido ao juiz na fixação do montante indenizatório constituíam os maiores óbices apresentados por aqueles que não aceitavam a indenização do dano moral sem reflexo na órbita material. As maiores dissensões na jurisprudência residem, justamente, no caráter satisfativo da indenização por dano moral, havendo resistência na fixação de valores pecuniários mais elevados. Quando o ressarcimento pecuniário é ínfimo ou de baixo valor, a fixação acaba não atendendo ao caráter satisfativo da indenização, não há plena satisfação da vítima.

Assim, o *quantum* indenizatório ainda é um tema polêmico e marcado, por vezes, pela incapacidade de punição adequada ao dano moral. Apesar dos problemas existentes, vem o Judiciário exercendo importante papel na adequação e fixação, mormente os tribunais superiores, quanto à

---

<sup>262</sup> MACHADO, Jânio de Souza. O dano moral pela violação ao direito à privacidade: o Mercosul e os direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 106.

<sup>263</sup> Ver Conceito, item 1.1, neste capítulo.

uniformização dos valores arbitrados nas instâncias inferiores, de modo a adaptar o instituto do dano moral às respectivas realidades.

É bem verdade que distorções e abusos têm ocorrido quanto aos montantes fixados, contudo, não se pode afirmar que tais ocorrências possam denegrir o papel pedagógico exercido pelos tribunais, neste sentido<sup>264</sup>. Provavelmente, pela ausência de legislação acerca do *quantum* devido.

Interrogar a própria consciência é passo fundamental para o julgador fixar o *quantum* indenizatório. A função jurisdicional reveste-se, atualmente, de importância ímpar, por isso, a necessidade do julgador avaliar eticamente a lesão sofrida pela vítima, adotando critérios que possibilitem a efetiva punição ao lesante e satisfação do lesado<sup>265</sup>.

É de suma importância considerar a condição econômica do ofensor, pelo efeito inibitório da retribuição. Portanto, as reparações, pelo dano moral, causado por violações da intimidade das pessoas, deverão atender à intensidade do mesmo, o grau de sofrimento que for possível estimar, o dimensionamento conforme as condições econômicas do ofendido e do ofensor. Deve representar sanção suficiente para inibir novos atentados.

---

<sup>264</sup> MACHADO, Jânio de Souza. O dano moral pela violação ao direito à privacidade: o Mercosul e os direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 107.

<sup>265</sup> BOLSON, Simone Hegele. Direito do consumidor e dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 149.

Os sistemas existentes utilizados para reparação pecuniária são dois: o tarifário ou objetivo e o aberto ou subjetivo. No sistema subjetivo, o juiz fixa subjetivamente a quantia que considera adequada à reparação da lesão, levando em conta as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado e a idéia de aceitação ao lesado. Visa avaliar concretamente a satisfação na busca dos prejuízos reais alegados pela vítima.

O sistema objetivo é voltado para aferição *in abstracto*, baseia-se em *standards* jurídicos, como dados estatísticos e o preestabelecimento de determinadas condições. O valor é predeterminado e o juiz o fixa conforme a gravidade do dano, grau de culpa e outras circunstâncias atinentes<sup>266</sup>.

Deverá a indenização ser arbitrada mediante prudente estimativa, que leve em conta a quantia necessária para satisfazer a dor da vítima e dissuadir o autor da ofensa a não mais incorrer no mesmo atentado.

Das concepções apresentadas, a subjetiva é a mais utilizada pela jurisprudência. No entanto, quando utilizada a concepção objetiva, por analogia são usados como parâmetros os valores contidos na Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa).

---

<sup>266</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no direito do trabalho. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 190-191.

Contudo, há sérias críticas quanto ao tarifamento previsto nessas duas leis, prevendo um valor máximo para as indenizações, uma vez que há o entendimento de que tais dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. O artigo 5º da mesma prescreve uma razão de proporção entre o agravo e a indenização, sem limitá-la ou tarifá-la<sup>267</sup>.

Em caso de uso, como parâmetro, de tais dispositivos, poderá a vítima, que se sentir prejudicada na fixação do *quantum*, alegar a inconstitucionalidade dos mesmos.

Pelo que se depreende do explicitado não é aconselhável estabelecer, em lei, limites rígido de valores para essas espécies de indenizações, embora haja opiniões contrárias. No entanto, é passível de estabelecer-se uma certa uniformidade de critérios objetivos para seu dimensionamento<sup>268</sup>. O mais apropriado na quantificação econômica do dano moral é o arbitramento puro pelo juiz, usando eticamente seu poder discricionário, respeitando as peculiaridades do caso *sub judice*, atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> BOLSON, Simone Hegele. Direito do consumidor e dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 150.

<sup>268</sup> SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes Ltda., p. 78.

<sup>269</sup> BOLSON, Simone Hegele. Op. Cit., p. 153.

Entretanto, a composição do dano permite também a reparação não pecuniária, através de medidas como, a retratação pública, desmentindo ou retificando notícia injuriosa, o direito de resposta ou de contrapropaganda às expensas do lesante, a publicação gratuita de sentença condenatória, a submissão do infrator a obrigações de fazer ou não fazer, como prestação de serviços ou a abstenção de certas condutas. Tais técnicas podem ser utilizadas para a composição do dano moral, revertendo em satisfação pessoal do lesado e perante a sociedade, no sentido de desencorajar o infrator e coibir atitudes do gênero<sup>270</sup>.

A legislação pátria não exige a necessidade de estabelecimento de sistema tarifário, o que o faz somente por exceção e, ainda assim, de forma parcial (Veja-se o Código Civil vigente, nos artigos 927 a 954). Diz-se que o sistema brasileiro é aberto, cabendo ao magistrado escolher a melhor forma de reparação, seja *in natura*, seja em pecúnia ou ambas.

Quanto à reparação pecuniária, reside a dificuldade em sua fixação, uma vez que os fatores como a subjetividade da lesão, a dificuldade de mensuração da dor íntima, a impossibilidade de restauração do *status quo ante*, a diversidade de padrões éticos e sentimentais das pessoas,

---

<sup>270</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no direito do trabalho. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191.

complementada pela dificuldade de fixar um valor que compense ou equivalha à dor íntima causada, já que ela não tem preço<sup>271</sup>.

A doutrina e a jurisprudência nacional se dividem com relação ao exercício do poder do juiz na fixação do *quantum*. Alguns entendem que a quantificação econômica do dano moral deve ser arbitrada pelo juiz, levando em consideração as características do caso (potencial ofensivo do lesante, condição social do lesado, etc., considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade). Seria uma espécie de arbitramento puro sem a utilização de tabelas tarifárias. Outros entendem que é possível quantificar economicamente o dano moral, utilizando-se os critérios antes referidos, mas usando tabelas variáveis, as quais fixariam valores mínimos e máximos<sup>272</sup>.

No âmbito trabalhista, uma das formas de reparar o dano causado à moral do trabalhador é a não pecuniária. Por exemplo, a determinação de expedir cartas de referência pelo infrator, a todos aqueles a quem foram prestadas informações incorretas, quanto à pessoa do trabalhador e até mesmo a imposição de retratação pública patronal, em jornais de grande

---

<sup>271</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no direito do trabalho. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 192-193.

<sup>272</sup> BOLSON, Simone Hegele. Direito do consumidor e dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 151.

circulação, com o fito de recompor a imagem pública do empregado, sob pena de pagamento de *astreintes*<sup>273</sup> em caso de descumprimento.

A fixação de indenização, como compensação pelo dano moral, é uma forma que serve apenas de reparação para a compensação da dor íntima. A compensação por dano moral será estabelecida considerando-se, entre outros fatores, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade e repercussão da ofensa, a intensidade do dolo ou da culpa, a situação econômica do ofensor e a extensão do prejuízo causado.

Em caso de ocorrência de dano material e moral, gera o direito a duas reparações. Veja-se o exemplo do trabalhador que deixa de obter nova vaga de emprego, em virtude das informações que são dadas em relação à sua pessoa. Nesta hipótese, o prejuízo material pode ser composto com base no lucro cessante, caracterizado pelo salário e vantagens que o trabalhador deixou de auferir durante a continuidade do desemprego causada por outrem. A indenização pelo desemprego já é prevista na

---

<sup>273</sup> *Astreintes* são cominações pecuniárias diárias, de tal peso, que, tornando-se insuportáveis, desestimulam a resistência. Assemelham-se às penas pecuniárias, com a diferença de que aquelas não têm a finalidade de satisfazer a obrigação, ou seja substituí-la, mas de constranger o devedor: não estão, por isso, limitadas, como as sanções, ao valor da obrigação principal. Justificam-se, porque o resultado ideal de uma condenação está em chegar a suprimir o dano causado, em vez de substituir esse dano, procurando para a vítima um simples equivalente monetário. Por isso, o juiz deve deferir os meios de coerção sobre a vontade de quem não cumpre a obrigação, meio que, respeitando sua pessoa física e sua liberdade, possa, levá-lo coativamente ao cumprimento. *In* CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28. ed. atual. por CARRION, Eduardo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 692.

**legislação trabalhista, quando do término da relação de emprego, mas a continuidade do mesmo, causada por outrem, não<sup>274</sup>.**

### 2.3 Jurisprudência

**Nos capítulos anteriores, enfrentamos o tema da intimidade, diante do poder diretivo, desde sua origem, evolução, sua conotação em relação ao Direito do Trabalho e, como não poderia deixar de ser, até suas conseqüências no ambiente do trabalho e sua Justiça Especializada.**

**Portanto, entendemos de significância, trazer decisões recentes sobre o monitoramento do correio eletrônico, sobre os quais teceremos alguns comentários.**

#### 2.3.1 Considerações sobre o caso HSBC

**No processo nº: 13.000613/2000, ajuizado da 13ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, em que os litigantes eram o autor Elielson Lourenço do Nascimento, ex-empregado e a empresa ré HSBC Seguros, o conflito se deu a respeito da despedida daquele, que foi motivada por justa causa, alegando o réu que o autor usou as ferramentas de trabalho que lhe foram disponibilizadas (e-mail, correio eletrônico), para uso indevido. O autor, com**

---

<sup>274</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Danos morais no direito do trabalho. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 195.

**função de operador de telemarketing, teria usado sua máquina, para, no horário de trabalho, enviar a colegas, mensagens com fotos de cunho pornográfico.**

**A empresa, através do monitoramento do correio eletrônico, conseguiu provar a falta do autor, tendo rescindido seu contrato, sem o pagamento das verbas indenizatórias, como prevê a lei em tais casos.**

**O juiz titular da 13ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, decidiu, em outubro de 2001, que as provas obtidas pelo réu, para dispensar o empregado, por justa causa, eram ilícitas, porquanto houve monitoramento do correio eletrônico do mesmo, sem sua ciência e autorização, entendendo que houve quebra do sigilo de correspondência, o que é defeso pela Constituição Federal de 1988<sup>275</sup>.**

No entanto, inconformada a empresa ré interpôs recurso ordinário contra essa decisão. O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, reformou-a, fundamentando que quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do *e-mail* da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Considerou que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, sendo que o controle

---

<sup>275</sup> Ver ANEXO A, p. 162.

do *e-mail* é a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema *Internet* que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar prejuízos à empresa. Verificou a possibilidade de enquadrar tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, inferindo que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual<sup>276</sup>.

**Como se vê, o acórdão do Tribunal Regional fixou-se na questão da responsabilidade objetiva que tem os empregadores em relação às ações ou omissões relativas a seus empregados, bem como no direito de propriedade do empregador empresário, que disponibiliza os equipamentos a seus empregados, para fins do desenvolvimento de seus negócios e que o fato de ter disponibilizado ao autor uma senha de *e-mail*, não significava que fosse para seu uso particular e sim para segurança da empresa contra terceiros alheios a seus negócios. Assim, revertida a decisão, desobrigou a ré de efetivar o pagamento das verbas indenizatórias ao autor, corroborando o entendimento de que a despedida foi motivada, por justa causa.**

**Contudo, como havia outros interesses em questão, considerando que ambas as partes não se satisfizeram, quanto à decisão**

---

<sup>276</sup> Ver ANEXO B, p. 177.

**contrária a seus interesses, em segundo grau, recorreram ao Tribunal Superior do Trabalho.**

**Em brilhante decisão<sup>277</sup> em que foi relator o Ministro João Oreste Dalazen, o Colendo Tribunal denega o recurso do autor, conforme a ementa a seguir:**

Ementa

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

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente, assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("*e-mail*" particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "*e-mail*" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre *Internet* e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "*e-mail*" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

---

<sup>277</sup> Ver íntegra do acórdão no ANEXO C, p. 180.

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.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

**Como se pode verificar, nas transcrições acima, a questão de relevo envolve o dano produzido pela violação de direitos da personalidade, em especial à intimidade do trabalhador.**

**A questão foi muito bem analisada sob diversos enfoques, quais sejam: a existência ou não do direito à intimidade do empregado, frente à disponibilidade dos meios de trabalho fornecidos pela empresa ré; se o *e-mail* era particular ou corporativo; se havia expectativa de direito à intimidade por parte do empregado; se houve ato faltoso por parte do empregado e se era ele grave a ponto de ensejar uma despedida por justa causa, retirando do obreiro os direitos rescisórios relativamente ao contrato de trabalho; a ponderação sobre a responsabilidade do empregador diante de atos cometidos por seus empregados, sua imagem e o direito à**

propriedade, também assegurados constitucionalmente, a ilicitude ou não das provas obtidas através do monitoramento do correio eletrônico disponibilizado ao empregado.

Com referência à existência ou não do direito à intimidade do autor, entendeu o relator que não havia, uma vez que o *e-mail* ou correio eletrônico foi cedido pela empresa para fins de trabalho, sendo ele corporativo, mormente porque os empregados eram avisados de tal fato. Outro ponto a corroborar a decisão é o de não há como se comparar legalmente o *e-mail* com a correspondência, sob o prisma que se apresenta na Constituição Federal, com a devida vênia dos que pensam o contrário. Entendemos que não, comungando com o mesmo ponto de vista do relator do acórdão, conforme a abordagem feita no item 5.2, do Capítulo II deste estudo.

Se é verdade que ocorre, muitas vezes, o uso abusivo do poder de comando por parte do empregador, também não se pode negar que ocorrem abusos por parte de empregados quanto ao uso das ferramentas e materiais de trabalho que lhes são disponibilizados pelo empregador. No caso *sub judice*, a controvérsia era justamente essa, a afirmação por parte do autor, de que a empresa ré teria violado seu direito constitucional, à intimidade, abusando de seu poder diretivo. Como resta provado, também o empregado autor, abusou da boa-fé<sup>278</sup> que envolve o contrato de emprego,

---

<sup>278</sup> O princípio da boa-fé estimula a valorização da confiança recíproca das partes. A boa-fé consiste em uma atitude que propicie o cumprimento efetivo do contrato e impregna o modo de

usando inadequadamente a ferramenta que lhe foi colocada à disposição para melhor desenvolver seu trabalho. Isso em horário de trabalho, ou seja, não estava só praticando a desídia<sup>279</sup>, como também, a nosso ver, improbidade<sup>280</sup>, uma vez que naquele horário estava sendo remunerado, para trabalhar; ao invés, estava usando a ferramenta de trabalho não só para fins particulares, como para fins libidinosos e também fazendo com que outros colegas de trabalho participassem da mesma situação. Não foi mencionado na decisão quantos colegas receberam tal *e-mail*, mas falava-se em rede de receptores e participantes. Ora, se contabilizado o tempo em que o autor desligou sua máquina para usá-la com outros propósitos e o tempo que os outros colegas também o fizeram, já que um foi passando para outro, o prejuízo não deve ter sido pequeno.

Há de se considerar, igualmente, a responsabilidade do empregador frente a terceiros, quanto aos atos de seus empregados, que segundo nossa legislação é objetiva, isto é, incorrendo o empregado em

---

executar as suas próprias prestações. Trata-se de uma obrigação recíproca de cumprir com lealdade e confiança o conteúdo do contrato. Sua inobservância poderá constituir justa causa para o rompimento contratual, bem como pode caracterizar uma limitação também do poder de direção do empregador, vedando sua atuação além do legítimo interesse empresarial. *In* ARAÚJO, Francisco Rossal. A boa-fé no contrato de emprego. São Paulo: LTr, 1996, p. 210; 236, 237.

<sup>279</sup> Por desídia entende-se a falta de exatidão no cumprimento do dever, associando-se a essa conduta, a negligência do empregado, o descuido, faltas crônicas e típicas de natureza negativa, revelando preguiça e desleixo no cumprimento de suas obrigações. Trata-se de uma quebra da obrigação de diligência, originária do princípio da boa-fé. *Idem*, *ibidem*, p. 260.

<sup>280</sup> Praticamente não há controvérsias na doutrina no entendimento de que improbidade é sinônimo de desonestidade. A honestidade, neste sentido, é entendida como norma de conduta geral existente na sociedade, não sendo possível conciliar confiança com desonestidade. A avaliação do grau varia de um mínimo quase puramente ético até ao máximo do ilícito penal e dependerá, basicamente, das situações concretas e da prova produzida no processo. *Idem*, *ibidem*, p.268.

**algum ilícito não se questiona se há culpa ou não do empregador, ele é solidariamente responsável<sup>281</sup>.**

**Nesse caso, com razão o empregador ao despedi-lo por justa causa, perdendo o autor os direitos rescisórios inerentes ao contrato de trabalho.**

**Se o contrário tivesse ocorrido e a razão fosse do autor teria o empregador que lhe pagar as verbas indenizatórias relativas ao contrato de trabalho, considerando-se a despedida imotivada e, ainda, caso tivesse pedido, indenização por dano moral.**

Assim, em decisão inédita no judiciário trabalhista<sup>282</sup>, entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, não ter havido afronta aos preceitos constitucionais contidos nos incisos X, XII E LVI do artigo 5º e considerou como sendo lícitas as provas por esse modo obtidas, isto é, pelo monitoramento do correio eletrônico do empregado. Valeu-se o Colendo Tribunal do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, para fundamentar sua decisão, demonstrando que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de

---

<sup>281</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...]; Art. 942. [...] Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

<sup>282</sup> Diz-se inédita quanto ao aspecto do debate relativo à violação da intimidade, através do monitoramento do correio eletrônico, uma vez que outras controvérsias referentes à violação da intimidade e privacidade do empregado já haviam sido objeto de lides no Judiciário Trabalhista.

observância do referido princípio, como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

A decisão foi consubstanciada, também, pelo entendimento de que, embora, não haja norma específica com relação ao trabalhador empregado, no direito pátrio, pode-se utilizar os cânones do direito comparado, em especial, nesse caso, do direito norte-americano, da *common law*. Com efeito, verificam-se alguns casos citados na decisão em epígrafe, em que não foi considerada violação à intimidade, o monitoramento de *e-mails* em cortes da *common law*.

Nesse aspecto, discordamos, com a devida vênia, do insigne relator, pois, tanto nos Estados Unidos<sup>283</sup>, como na Grã-Bretanha, países onde vige a *common law*, dá-se maior ênfase ao direito de informação do que ao *right to privacy* e apesar de a Grã-Bretanha não possuir o *right to privacy* dos americanos, dá primordial importância ao direito de liberdade de imprensa e o direito à crítica<sup>284</sup>. Entendo, assim, que as fundamentações, quanto ao aspecto do direito comparado, nos exemplos citados, não se coadunam com a nossa realidade.

---

<sup>283</sup> Muito embora, tenha sido esse país considerado como o nascedouro do direito à intimidade. Ver item 2.1 da parte I deste estudo.

<sup>284</sup> Ver item 2.1 e 2.2 da parte I deste estudo.

## CONCLUSÃO

Tem o direito à intimidade um duplo caráter. Além de constituir um direito fundamental é ao mesmo tempo considerado parte integrante dos direitos da personalidade. Doutrinariamente, está inserido dentro de um conceito mais abrangente, que é a vida privada.

O direito à intimidade é uma consequência das novas realidades sociais do mundo moderno contemporâneo, tendo como formas de manifestações, o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, ao segredo (doméstico, epistolar, documental, profissional).

Com o advento da *internet*, entretanto, o debate acerca da privacidade e da intimidade das pessoas tornou-se mais intenso, propiciando novos conflitos nas relações interpessoais, mormente, entre trabalhadores e empregadores, enfoque analisado neste estudo.

Sendo um direito, relativamente, novo, considerando-se seu liame às relações de trabalho, as manifestações em prol de sua tutela ainda estão em evolução. Salienta-se, ainda, a problemática do confronto com o direito patronal do poder de comando, que também é legítimo e tem fundamentos mais profundos e antigos, uma vez que suas raízes se prendem, inicialmente, ao direito de propriedade.

No âmbito laboral, a intromissão na esfera íntima do empregado tem uma forte dimensão nas sociedades modernas, em que os empresários assumem o risco do negócio, dando-lhes certa autonomia inserta em seu poder de comando. Contudo, embora relevante, o direito do poder de comando do empregador não tem o condão de descaracterizar o direito à intimidade de seus empregados, sob pena de causar-lhes danos que ferem sua dignidade.

Tanto o direito à intimidade do empregado, quanto o poder de comando do empregador sofrem limitações. Além do que, sabe-se que não há um direito absoluto.

Considerando o estado de inferioridade em que se encontra o indivíduo frente ao seu empregador e as oportunidades que tem o empregador de violar o direito à intimidade daquele, necessário é a imposição de limitações, restringindo a discriminação à pessoa do trabalhador quanto ao alcance das indagações feitas pelo empregador. Quando há excesso, abuso do direito por parte do empregador, a ponto de invadir a intimidade do empregado, entendemos que a única forma de coibi-lo é impondo sanções pecuniárias suficientemente fortes. Sanções que, certamente, não reparam a dor, mas a atenuam. Em razão disso a reparação dos danos morais, no âmbito trabalhista, tem caráter meramente compensatório, bem como um caráter de pena para o que lesiona.

Entretanto, não se deve olvidar que, a despeito de sua condição de inferioridade jurídica em relação ao empregador, o empregado deve respeitar a correta utilização dos meios que lhe são colocados à disposição, pois nada mais são do que modernas ferramentas de trabalho. Se mal utilizadas, podem causar prejuízos ao empreendedor, tanto no sentido de atentar contra seu direito à propriedade, quanto no seu direito à imagem. Nesse sentido, entende-se que, também, o empregado pode e deve ser punido pelos atos faltosos cometidos.

Muito embora, exista movimentos atuais, com a finalidade de atualização da legislação trabalhista, considerando-se a globalização, a abertura de mercados, as novas tecnologias, a flexibilização já existente no âmbito das relações de emprego e a modernidade da atual Constituição Federal, privilegiando os direitos da pessoa humana, tanto no âmbito individual, quanto coletivo, não se vê movimentação expressiva neste aspecto, de proteção ao trabalhador. Não há uma legislação específica que regulamente o assunto, o que se entende necessário. Todavia, é de observar-se que a sua tutela tem evoluído, através da construção doutrinária e jurisprudencial, sendo que o direito à intimidade do indivíduo já se encontra resguardado pela Constituição Federal de 1988.

A Lei 9.296/96, que regulamenta o inciso XI, parte final do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, criminaliza a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou a quebra de segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Nossa legislação penal não permite uma analogia *in mala partem*, o que na circunstância da coleta

de dados diretamente do computador do usuário, não seria o caso, pois não há interceptação de comunicação.

A Constituição Federal, ao proteger a intimidade dos cidadãos, desautoriza práticas que visem monitorar as comunicações eletrônicas feitas pelos trabalhadores empregados, porquanto consideradas violadoras de sua intimidade. Entendemos que o *e-mail* colocado à disposição do empregado, no ambiente de trabalho, não é de caráter particular e sim uma ferramenta de trabalho. Portanto, seu monitoramento, com o objetivo de averiguar se está ou não sendo utilizado adequadamente para os fins propostos, não viola a intimidade do empregado. Em alguns casos, como o que foi apresentado, de *e-mail* corporativo, não há como compará-lo à correspondência convencional ou à transmissão de dados, como colocado na Constituição Federal, pois a idéia que nos passa, é de que a norma constitucional abrange os casos, realmente, individuais.

Na mesma linha de raciocínio, quanto à navegação na *internet*, não há como considerá-la privada ou íntima, uma vez que é de domínio público. A nosso ver, não há nenhum óbice para que o empreendedor monitore a navegação de seus empregados na *WEB*, não se podendo aplicar a mesma garantia constitucional ao assunto.

Contudo, entendemos que, enquanto não houver regulamentação específica, o mais adequado é que se averigüe caso a caso, analisando com profundidade todos os ângulos possíveis do mesmo, para que seja feita justiça,

valendo-se da norma constitucional, da doutrina, da jurisprudência e do direito comparado, quando possível.

O ideal seria que ambas as partes se respeitassem mutuamente, o trabalhador, usando os meios de trabalho que lhe são colocados à disposição, adequadamente. O empregador exercendo sua vigilância, com equilíbrio, para que não haja invasão, de uma parte ou de outra, nos respectivos direitos, com intuito de causar o menor impacto possível na intimidade e dignidade do trabalhador.

Enquanto nossa sociedade não alcança esse ideal, resta aos operadores do direito, conjuntamente, a tarefa de contribuir de maneira positiva, com idéias, sugestões, críticas e reflexões, visando a regulamentação da matéria e o objetivo de acelerar o estado prevalente na órbita do Direito do Trabalho, especialmente o respeito dos direitos fundamentais do trabalhador, para que tenha tratamento de forma a preservar sua dignidade de pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Tem o direito à intimidade um duplo caráter. Além de constituir um direito fundamental é ao mesmo tempo considerado parte integrante dos direitos da personalidade. Doutrinariamente, está inserido dentro de um conceito mais abrangente, que é a vida privada.

O direito à intimidade é uma consequência das novas realidades sociais do mundo moderno contemporâneo, tendo como formas de manifestações, o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, ao segredo (doméstico, epistolar, documental, profissional).

Com o advento da *internet*, entretanto, o debate acerca da privacidade e da intimidade das pessoas tornou-se mais intenso, propiciando novos conflitos nas relações interpessoais, mormente, entre trabalhadores e empregadores, enfoque analisado neste estudo.

Sendo um direito, relativamente, novo, considerando-se seu liame às relações de trabalho, as manifestações em prol de sua tutela ainda estão em evolução. Salienta-se, ainda, a problemática do confronto com o direito patronal do poder de comando, que também é legítimo e tem fundamentos mais profundos e antigos, uma vez que suas raízes se prendem, inicialmente, ao direito de propriedade.

No âmbito laboral, a intromissão na esfera íntima do empregado tem uma forte dimensão nas sociedades modernas, em que os empresários assumem o risco do negócio, dando-lhes certa autonomia inserta em seu poder de comando. Contudo, embora relevante, o direito do poder de comando do empregador não tem o condão de descaracterizar o direito à intimidade de seus empregados, sob pena de causar-lhes danos que ferem sua dignidade.

Tanto o direito à intimidade do empregado, quanto o poder de comando do empregador sofrem limitações. Além do que, sabe-se que não há um direito absoluto.

Considerando o estado de inferioridade em que se encontra o indivíduo frente ao seu empregador e as oportunidades que tem o empregador de violar o direito à intimidade daquele, necessário é a imposição de limitações, restringindo a discriminação à pessoa do trabalhador quanto ao alcance das indagações feitas pelo empregador. Quando há excesso, abuso do direito por parte do empregador, a ponto de invadir a intimidade do empregado, entendemos que a única forma de coibi-lo é impondo sanções pecuniárias suficientemente fortes. Sanções que, certamente, não reparam a dor, mas a atenuam. Em razão disso a reparação dos danos morais, no âmbito trabalhista, tem caráter meramente compensatório, bem como um caráter de pena para o que lesiona.

Entretanto, não se deve olvidar que, a despeito de sua condição de inferioridade jurídica em relação ao empregador, o empregado deve respeitar a correta utilização dos meios que lhe são colocados à disposição, pois nada mais são do que modernas ferramentas de trabalho. Se mal utilizadas, podem causar prejuízos ao empreendedor, tanto no sentido de atentar contra seu direito à propriedade, quanto no seu direito à imagem. Nesse sentido, entende-se que, também, o empregado pode e deve ser punido pelos atos faltosos cometidos.

Muito embora, exista movimentos atuais, com a finalidade de atualização da legislação trabalhista, considerando-se a globalização, a abertura de mercados, as novas tecnologias, a flexibilização já existente no âmbito das relações de emprego e a modernidade da atual Constituição Federal, privilegiando os direitos da pessoa humana, tanto no âmbito individual, quanto coletivo, não se vê movimentação expressiva neste aspecto, de proteção ao trabalhador. Não há uma legislação específica que regulamente o assunto, o que se entende necessário. Todavia, é de observar-se que a sua tutela tem evoluído, através da construção doutrinária e jurisprudencial, sendo que o direito à intimidade do indivíduo já se encontra resguardado pela Constituição Federal de 1988.

A Lei 9.296/96, que regulamenta o inciso XI, parte final do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, criminaliza a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou a quebra de segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Nossa legislação penal não permite uma analogia *in mala partem*, o que na circunstância da coleta

de dados diretamente do computador do usuário, não seria o caso, pois não há interceptação de comunicação.

A Constituição Federal, ao proteger a intimidade dos cidadãos, desautoriza práticas que visem monitorar as comunicações eletrônicas feitas pelos trabalhadores empregados, porquanto consideradas violadoras de sua intimidade. Entendemos que o *e-mail* colocado à disposição do empregado, no ambiente de trabalho, não é de caráter particular e sim uma ferramenta de trabalho. Portanto, seu monitoramento, com o objetivo de averiguar se está ou não sendo utilizado adequadamente para os fins propostos, não viola a intimidade do empregado. Em alguns casos, como o que foi apresentado, de *e-mail* corporativo, não há como compará-lo à correspondência convencional ou à transmissão de dados, como colocado na Constituição Federal, pois a idéia que nos passa, é de que a norma constitucional abrange os casos, realmente, individuais.

Na mesma linha de raciocínio, quanto à navegação na *internet*, não há como considerá-la privada ou íntima, uma vez que é de domínio público. A nosso ver, não há nenhum óbice para que o empreendedor monitore a navegação de seus empregados na *WEB*, não se podendo aplicar a mesma garantia constitucional ao assunto.

Contudo, entendemos que, enquanto não houver regulamentação específica, o mais adequado é que se averigüe caso a caso, analisando com profundidade todos os ângulos possíveis do mesmo, para que seja feita justiça,

valendo-se da norma constitucional, da doutrina, da jurisprudência e do direito comparado, quando possível.

O ideal seria que ambas as partes se respeitassem mutuamente, o trabalhador, usando os meios de trabalho que lhe são colocados à disposição, adequadamente. O empregador exercendo sua vigilância, com equilíbrio, para que não haja invasão, de uma parte ou de outra, nos respectivos direitos, com intuito de causar o menor impacto possível na intimidade e dignidade do trabalhador.

Enquanto nossa sociedade não alcança esse ideal, resta aos operadores do direito, conjuntamente, a tarefa de contribuir de maneira positiva, com idéias, sugestões, críticas e reflexões, visando a regulamentação da matéria e o objetivo de acelerar o estado prevalente na órbita do Direito do Trabalho, especialmente o respeito dos direitos fundamentais do trabalhador, para que tenha tratamento de forma a preservar sua dignidade de pessoa humana.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. VALDÉS, Ernesto Garzón. Rev. Ruth Zimmerling. *Madrid: Centro de Estudios Constitucionales*, 1997. Trad. do original: *Theorie der Grundrechte*,

ARAÚJO, Francisco Rossal. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT) ISO/IEC/17799.

AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA e J.E.M.M. EDITORES LTDA. No dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no direito do Trabalho, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para a sua fixação. *In* Repertório IOB, 1. quin. ago. 93, n. 15/93.

\_\_\_\_\_. Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Trad. do original *L'età dei Diritti*.

BOLSON, Simone Hegele. Direito do consumidor e dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. 2. ed. S. Paulo: Malheiros Editores, 1996

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional, 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de novembro de 1990.

BRASIL. Código Penal. Decr. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 9. ed., atual. (Colab.) PINTO, Antonio L. de T.; WINDT, Márcia Cristina V. dos S.; CÉSPEDES, Livia. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. (Comp.) COSTA, Armando C.; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades R. 32. ed., São Paulo: LTr, 2005.

**BRASIL. Justiça do Trabalho, 13ª Vara do Trabalho de Brasília, Distrito Federal. Sentença. Processo nº: 13.000613/2000. Autor: Elielson Lourenço do Nascimento. Reclamado: HSBC Seguros (Brasil) S.A. Brasília, 9 out. 2001. (Somente parte que concerne à inviolabilidade da correspondência).**

BRASIL. Lei 6.538 de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em: <[http: www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 out. 2005.

**BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região. Ementa. Acórdão. RO 054/2002-08-06. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S. A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. 3ª Turma. Rel.: Juíza Márcia Cúrsio. Brasília, DF, 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.trt10.gov.br>>. Acesso em 19 out. 2005.**

**BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, RR 613-2000-013-10-00. Recorrente HSBC Seguros Brasil S.A. e Recorrido Elielson Lourenço do Nascimento. 1ª Turma. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 15 de maio de 2005. Publ. DJ 10 jun. 2005. Disponível em:**

<http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2005. (Somente parte que concerne à inviolabilidade da correspondência).

**BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.**

CALDAS, Gilberto. O Novo Dicionário de latim forense. São Paulo: Livraria e Editora Universitária, 1984.

CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa, anotada. 3. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CAPPELA, Ramón Juan. *Los ciudadanos Siervos*. Madrid: Editorial Trotta SA. 1993.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28. ed. atual. por CARRION, Eduardo. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Eficácia constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, nº 98, abr. jun. 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: LTr, 1999.

DE CUPIS, Adriano. *Diritto a Riservatezza e segreto*. Torino: Utet, 1957. (*Novissimo Digesto Italiano*).

\_\_\_\_\_. *I diritti della personalità*. Milano, 1959, v. 4 (*Trattato di diritto civile e commerciale*, tomo 1).

\_\_\_\_\_. *I diritti della personalità*. Milano, 1959, v. 14 (*Trattato di diritto civile e commerciale*, tomo 1).

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 7. ed. rev. e aum., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida Privada e Liberdade de Informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *In* Separata da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 88, 1993.

FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O controle jurisdicional das mensagens veiculadas através da *internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 738.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *E-mail* x empregados: É legal o monitoramentopelaempresa? Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id:2509>. Acesso em 20 out. 2005.

HOUAIS, Dicionário eletrônico da língua portuguesa. Instituto Antônio Houaiss. Versão 1.0. 5a. Copyright 2001. [S.I.]: Ed. Objetiva, nov. 2002. 1 CD-ROM.

*INTERNET: lavoratori*. Disponível em: <[http://www.spaziodonna.com/articolo.shtml?f\\_id=515](http://www.spaziodonna.com/articolo.shtml?f_id=515)>. Acesso em: 19 out. 2005.

JUCÁ, Francisco Pedro. A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais. São Paulo: LTr, 1997.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Cap. VIII. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIPPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da *internet*. Revista LTr, v. 62, nº 04, abril/1998.

LOBREGAT, Marcus Vinicius. Dano moral nas relações individuais de trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

LUCENA NETO, Cláudio de. Função social da privacidade. *Jus navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id+2834>>. Acesso em: 19 out. 2005.

LYON, David. *El ojo electrónico, el auge de la sociedad de la vigilancia*. Versão espanhola de Jesús Alborés. Madrid: Aliança Editorial, 1995. Trad. do original: *The electronic Eye. The rise of Surveillance Society*.

MACHADO, Jânio de Souza. O dano moral pela violação ao direito à privacidade: o Mercosul e os direitos humanos. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

\_\_\_\_\_. Do poder diretivo na empresa. [São Paulo]: Saraiva, 1982.

MARANHÃO, Délio; Carvalho, Luis Inácio B. Direito do Trabalho. Direito do Trabalho. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de jurisprudência. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, nº 23, 1ª quin. dez. 1994.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Aceitação e objetividade. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2004.

MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao Direito do Trabalho, v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Teoria jurídica e os direitos novos. Rio de Janeiro: Lumens Júri, 2000.

\_\_\_\_\_. Casos difíceis no pós-positivismo. *In* Hermenêutica Plural. Boucault, Carlos E. de Abreu e Rodriguez, José Rodrigo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. Os novos direitos enquanto direito públicos virtuais na sociedade da informação. *In* Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. Wolkmer, Antonio Carlos; Leite, José Rubens Morato (org.). São Paulo: Saraiva, 2003.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Didot, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Detras de las noticias. Responsabilidad por daños*, v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade de imprensa. Danos por publicação de notícias. *In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998)*. São Paulo: J. Oliveira, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932. (Tratado de Direito Privado, tomo VII)

V CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA. Anais... A Filosofia hoje. *La problemática del derecho a la intimidade*, vol. 2. Instituto Brasileiro de Filosofia.

REALE, Miguel. Comentários à constituição do Brasil. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

RIVERO, Gloria P. Rojas. *La libertad de expresión del trabajador*. Prólogo: PALOMELEQUE LOPEZ, Manuel-Carlos, 1991. Madrid: Editorial Trotta, 1991.

RODRIGUEZ, Plá. Congresso Regional Americano de Direito do Trabalho e de Seguridade Social. Anais... Québec: Ed. Yon Blais, maio/95.

ROHRMANN, Carlos Alberto. Notas acerca do direito à privacidade na internet: a perspectiva comparativa. COSTA, Wille Duarte (coord.) Belo Horizonte: Revista da Faculdade de direito Milton Campos, 1994, v. 9.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*, 4. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. O empregado e o empregador no Direito Brasileiro, v. 1, 2. ed., acresc. e atual. [Pelotas]: José Konfino Editor, 1954.

SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina. PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). São Paulo: LTr., 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988. São Paulo, SP: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo, 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

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

SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho Del Trabajo*. Madrid: Min. De Trabajo y asuntos sociales. Subdirección general de publicaciones, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. 2. ed. (ampl. e atual.) Direito constitucional do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo... et al. Instituições de direito do trabalho. 16 ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1996.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Dano moral. *In* Instituições de Direito do Trabalho, v. 1. 16. ed. atual. por SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. São Paulo: LTr, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Madrid: Alianza, 1980.

Trad. do original *Democracy in América*. Glasglow, Collins. Ed. Cast., 1968.

VARGAS, Luiz Alberto. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. *In* Direito do trabalho necessário. Telesca, Maria Madalena (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIDE, Carlos Rogel. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades publicas*. Zaragoza: Cometa, 1985. (Studia Albornotiana, dir. Evelio Verdera Y Tuells, XLVI).

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. Relação de emprego. Estrutura legal e supostos. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999.

WARREN, Samuel D.; Brandeis, Louis D. *The right to privacy*. Boston, Dec. 1890. *Harward Law Review Publishing Association*, vol. 3-4, nº 5. Cambridge, 1889-90.

ZANNO, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2 ed. Buenos Aires:  
Astrea, 1999.

## GLOSSÁRIO

*Apud* – extraído da obra de, citado por

*A quo* – Tribunal ou instância anterior

*Arbeitsgeber* – dador de trabalho

*Backup* - cópia

*Beruflichsphäre* – esfera profissional

*Bundesgericht* – Tribunal Federal

*Common law* – direito consuetudinário

*Datore di lavoro* – dador de trabalho

*Diritto allá segretezza* ou *al rispetto della vita privata* – direito ao segredo  
ou ao respeito da vida privada

*Diritto allá riservatezza* – direito à privacidade

*Domesday Book* – cadastro da Inglaterra, mandado fazer por Guilherme I,  
em 1086, também chamado de livro do juízo final.

*Download* – baixa de arquivos da *internet* para o computador do usuário

*Droit a la vie privée* – direito à vida privada

*Droit a l'intimité* – direito à intimidade

*Geheimsphäre* – esfera do segredo

*E-mail* – identificação do correio eletrônico do usuário

*Folders* – folhetos ilustrativos, prospectos

*Ibidem* - na mesma obra

*Idem* – mesmo autor

*Individuellsphäre* – esfera individual

*Internet* – rede mundial de computadores

*Intimsphäre* – esfera íntima

*Intranet* – sistema de comunicação interna de instituições

*In verbis* – palavra por palavra, literalmente

*Ipsis literis* – literalmente

*Juris tantum* – que admite prova em contrário, o que resulta do próprio direito

*Jus navigandi* – direito de navegar

*Jus resistentiae* – direito de resistência

*Jus variandi* – direito de variar

*Lato sensu* – em sentido amplo

*Lavoratori* – trabalhadores

*Modus operandi* – modo de operar

*Omissis* – omissão

*On line* – na linha, simultaneamente

*Peace of mind* - paz da mente

*Privatsphäre* – esfera particular, privada, pessoal

*Quid* – que, detalhe

*Res* - coisa

*Right to be let alone* – direito de estar só

*Site* – lugar

*Spam* – mensagem enviada a um usuário da WEB sem sua autorização, em geral de cunho comercial

*Standard* - padrão

*Status quo ante* – o estado em que as questões ou coisas estavam anteriormente ou estão agora

*Sub judice* – aguardando manifestação judicial

*The right to privacy* – o direito à privacidade

*derecho a la intimidad e derecho a la vida privada* – direito à intimidade e direito à vida privada

*Verfaßungsbeschwerde* – reclamação constitucional

*Verfaßungsgericht* – Tribunal constitucional

*WEB* – rede mundial de computadores

*Websense* – senso na web

*The right to privacy* - o direito à privacidade

**ANEXO A - Sentença da 13ª Vara do Trabalho do Distrito Federal**

SENTENÇA DA 13ª VARA DO DISTRITO FEDERAL (SOMENTE PARTE QUE  
CONCERNE A INVIOABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA)<sup>285</sup>

**AUTOR: ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO**

**Advogado: Dr. José Oliveira Neto**

**RECLAMADO : HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A.**

**Advogado: Dr. Leonardo Santana Calda**

**Processo nº: 13.000613/2000**

**Vistos etc.**

**ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO, com qualificação feita na inicial, ajuizou a presente ação trabalhista em que contende com HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A., alegando admissão e dispensa imotivada nas datas apontadas na exordial. Diz que manteve com o reclamado contrato de emprego; que não recebeu as verbas rescisórias de direito; que trabalhava em regime de sobre-jornada; que não foi integralmente remunerado pelas horas extraordinárias; que recebia ajuda-alimentação; que não recebeu aviso prévio, férias, 13º salário, etc. Pede aviso prévio, horas extraordinárias, com dedução dos valores recebidos e com integração e reflexos nas parcelas que aponta; férias, adicional de férias; décimo terceiro salário; FGTS do período**

---

<sup>285</sup> BRASIL. Justiça do Trabalho, 13ª Vara do Trabalho de Brasília, Distrito Federal. Sentença. Processo nº: 13.000613/2000. Autor: Elielson Lourenço do Nascimento. Reclamado: HSBC Seguros Brasil) S.A. Brasília, 9 out. 2001. (Somente parte que concerne à inviolabilidade da correspondência).

trabalhado para o reclamado; multa de 40%; multa do art. 477, CLT; dobra do art. 467, CLT, etc.

Em contestação, HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A., através de procurador regularmente constituído, diz que não houve trabalho em sobre jornada além daquele anotado nos registros de freqüência; que as parcelas pleiteadas e acaso devidas ao autor, foram devidamente pagas; suscita fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor; afirma que o autor foi demitido por justa causa, por ter utilizado indevidamente de correio eletrônico (*e-mail*) e distribuído através dele fotos pornográficas; que é descabido o aviso prévio; que não deu causa à mora por ocasião do pagamento das verbas rescisórias; que não correspondem à verdade as alegações apresentadas na inicial; que os documentos juntados comprovam o pagamento total dos pedidos formulados pela peça de ingresso a que o autor fazia jus; requer a produção de todos os tipos de provas admitidas em direito, contesta demais pedidos e pede improcedência da ação.

Juntaram-se documentos.

Em réplica ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO refuta os termos da contestação, reporta-se aos termos e aos pedidos da inicial, consignando não corresponder à verdade dos fatos as alegações apresentadas pela defesa, conforme regular e oportuna instrução, afirmando ainda que os documentos então juntados pelo reclamado não comprovam o pagamento integral das parcelas pleiteadas nesta ação, tendo ele impugnado parte dos documentos juntados pelo reclamado, por não expressarem eles a

veracidade dos fatos sobre os quais se baseiam os pleitos formulados na inicial, ocasião em que reiterou todos os pedidos, argumentos e alegações, de fato e de direito, constantes na petição inicial; diz ainda que a contestação oferecida pelo reclamado em nada modifica a sua pretensão; que na verdade foi ele lesado em seus direitos, etc. A final ratificou o autor o pedido de procedência da ação.

Depoimento das partes e oitiva de testemunhas às fls. 117, 252, 296-297, 317-318 e 351-354. Sem mais provas, instrução encerrada. Razões finais apresentadas em forma de memorial, pleitos reiterados (f. 386-388 e 390-401). Prejudicadas as propostas conciliatórias.

É o relatório.

**DECIDE-SE:**

A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 51, XII). A inviolabilidade da correspondência tutelada constitucionalmente é absoluta, pois a única exceção feita pelo próprio dispositivo constitucional é atinente a comunicações telefônicas, quando, por ordem judicial, se destinarem à investigação criminal ou instrução processual penal.

No mesmo sentido LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO:

**“Com relação à inviolabilidade de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (inciso XII do mesmo art. 51) que vão remontar à prova ilícita, também a Constituição permite uma única exceção: a interceptação de comunicações telefônicas desde que exista prévia autorização judicial. São, portanto, dois os requisitos para tornar lícita a interceptação: ordem judicial e existência de investigação ou processo penal. Conclui-se, assim, estar, afastada a possibilidade de interceptação preventiva, pois é indispensável a prévia existência de investigação policial ou o processo penal, que só ocorre após o fato criminoso. A exceção permite apenas a interceptação telefônica. Portanto, seria ilícita a interceptação de cartas, de comunicação telegráfica e de dados. Assim, pela simples leitura do referido inciso XII tem-se por revogado o artigo 240, parágrafo 11, letra “f” do Código de Processo Penal, que permitia à autoridade policial, na busca domiciliar, a apreensão de cartas fechadas ou abertas, destinadas ao réu ou em seu poder para efeito de prova em processo penal, como já salientou Tourinho Filho (d.n.)”**

**Acerca do tema inviolabilidade do sigilo da correspondência, ao apreciar o pedido de liminar na ADIN nº 1.488-DF, em decisão de 07.Nov.96, no E. STF, discorreu o Min. Néri da Silveira:**

**Comentando o art. 51, XII, da Constituição de 1988, Ada Pellegrini Grinover escreveu: “Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo em que garante a inviolabilidade da correspondência, dos**

**dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que, em relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade é absoluta. A posição da Constituição não é a melhor, levando a consequência da impossibilidade de se legitimar, por lei, a apreensão da correspondência, dos dados e do conteúdo das comunicações telegráficas, mesmo em caso de particular gravidade. Mas é o que ela resulta, retirando a eficácia de dispositivos como o art. 240, 11, do Código de Processo Penal”, (apud As Nulidades no Processo Penal, 40, ed. Malheiros, p. 54). José Afonso da Silva, acerca da mesma norma maior, observou: “abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição ordenou regras escritas de garantia para que não se a use para abusos” (In Curso de Direito Constitucional Positivo, 70. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 337-8).**

**Sobre o tema Celso Bastos, após referir o sigilo da correspondência como sendo um direito que deflui de outro, qual seja, o da preservação da própria intimidade (Comentários à Constituição do Brasil, ed. Saraiva, 21 vol., p. 72/73), anota, *in verbis*:**

“O sigilo da correspondência está hoje estendido, como vemos, às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Apesar deste caráter analítico da enunciação, é forçoso reconhecer que outras modalidades de comunicação estão também incluídas, como, por exemplo, aquela que se verifica por meio de telex. Por correspondência há de se entender toda gama de cartas e postais, mesmo que incluam meros impressos. Além das cestas, é óbvio que, estão incluídas as encomendas, mesmo que não contenham qualquer comunicação escrita”.

*(omissis)*

“Um ponto importante da abrangência deste direito é o seguinte: é preciso compreender esse que não se trata de um direito que só proíbe a violação ou a devassa, mas inclui também o dever em que se encontram os terceiros que estejam no seu domínio de divulgá-lo”.

José Afonso da Silva, discorrendo sobre a segurança das comunicações pessoais, escreve que se cuida, aí, de “garantia constitucional que visa assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 51, XII), que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação de pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 51, IV). Garantia também de sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo. Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de

correspondência escrita, se interrompam o seu curso e se escutem ou interceptem telefonemas. Abriu excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo exceção, a Constituição preordenou regras escritas de garantias, para que não se a use para abusos. O objeto da tutela é dúplice: de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade”. A suspensão, sustação ou interferência no curso da correspondência, sua leitura e difusão sem autorização do transmitente ou do destinatário, assim como as interceptações telefônicas, fora das hipóteses excepcionais autorizadas nos dispositivos constitucionais, constituem as formas principais de violação do direito protegido”. (Apud Curso de Direito Constitucional Positivo, 120, ed. p. 416-417). A sua vez, observa Pinto Ferreira, em torno do art. 51, XII, da Constituição, *in verbis*: “o texto atual tem uma eficácia limitada e restringível, pois aceita, em determinados casos, estabelecidos em lei e na própria constituição, que a ordem judicial para admitir a restrições à tal inviolabilidade para fins de instrução de investigação criminal. A fórmula adotada na Constituição de 1988 procede diretamente do art. 15 da Constituição Federal da Itália, nos seguintes termos, buscando harmonizar a liberdade da pessoa com elevado interesse da justiça: “art. 15. A liberdade e o sigilo de correspondência, bem como o de qualquer outra forma de comunicação, são invioláveis. Só se podem impor limitações através de ato motivado da autoridade judiciária e com as garantias estabelecidas pela lei.”

**(In Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 11, p. 86). A intimidade das pessoas é bem jurídico inviolável. (Constituição, art. 51, X). Em linha de arremate, escreveu o Ministro Relator: “Não está fora do âmbito de indagação o que anota Vicente Creco Filho, in Interceptação Telefônica, 1996, p. 10/11): “No texto do art. 51, XII, da Constituição, são duas as interceptações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão ‘no último caso’, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas. A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra de sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que ‘último caso’ corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações. A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão ‘último caso’ admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas. Antes de enfrentar a questão, consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência como ‘último caso’, a garantia é plena e incondicionada, aliás, segundo o princípio ‘inclusus unius exclusus alterius’ (g.n.) (Revista Trimestral de Jurisprudência/Supremo Tribunal Federal. Brasília,**

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência/STF, 2000, vol. 171. Março/2000, p. 767-70).

A inviolabilidade da correspondência tem sido assegurada em todas as constituições brasileiras como direito individual, personalíssimo, inclusive aos estrangeiros aqui residentes: art. 72, § 18, da Constituição do Império (1891); art. 113, nº 8, da Constituição de 1934; art. 122, nº 6, da Constituição de 1937; art. 141, § 61, da Constituição de 1946; art. 150, § 91, da Constituição de 1967; art. 153, § 91, da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda nº 01/69 e, finalmente, no art. 51, XII, da Constituição de 1988.

No direito comparado, os norte-americanos, através do Electronic Communications Privacy Act, reformulada em 1986, situam as comunicações havidas por meio eletrônico “inclusive aquelas realizadas por intermédio de computador” como pertencentes a esfera da privacidade do indivíduo.

O art. 191, 1, do Código de Processo Penal de 1988, da Itália, afirma que as provas obtidas em contraste às vedações legais não podem ser utilizadas.

O mesmo ocorre em Portugal, onde a Constituição (1976), em seu art. 32, veda expressamente todas as provas obtidas mediante tortura, coação grave, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Às f. 117 informou o dr. procurador do reclamado que em relação ao envio

do *e-mail*, conforme alegado na própria contestação, o autor teria enviado o *e-mail* com fotos somente para o sr. Guilherme Mendes e este, por sua vez teria repassado esse *e-mail*, com as fotos anexadas, para outras pessoas, formando uma cadeia e que o acesso que o reclamado teve ao dito *e-mail* foi feito através do provedor do reclamado e não diretamente através do sr. Guilherme. (g.n.)

O fato é ainda corroborado pela confissão da preposta às f. 351-352:”Que o autor foi demitido por ter sido detectado que estava ele usando *e-mail* para enviar fotos pornográficas; que existe norma do reclamado determinando que o *e-mail* recebido pelo empregado deverá ficar restrito ao trabalho; que essas normas vêm também por *e-mail*; que a depoente não sabe informar se outros funcionários usam o *e-mail* para enviar recados pessoais; que o reclamado fez o rastreamento para poder identificar que o autor foi o emissor originário das fotos; que o reclamado, no Rio de Janeiro, teve conhecimento do *e-mail* com as fotos por uma pessoa que, pelo que consta a depoente, não tinha sido destinatário do e-mail que levava as fotos, nem participou da cadeia de remessa; que inicialmente o autor enviou o *e-mail* para um *trainee* do reclamado e este por sua vez enviou o *e-mail* para outros e que a correspondência se espalhou; que o reclamado para poder saber o conteúdo do *e-mail* e ter acesso às fotos, teve que fazê-lo através do provedor diretamente; que o provedor é próprio; que, assim, a pessoa que noticiou para o reclamado existência e do seu conteúdo (as fotos) não foi nenhuma das pessoas que integraram a cadeia de distribuição do *e-mail*;

que, portanto, nenhuma das pessoas integrantes da cadeia que receberam o *e-mail* distribuído pelo autor autorizaram o reclamado ter acesso ao conteúdo do *e-mail* tendo o reclamado acesso a ele, diretamente do provedor; (...)(d.n.)

A Constituição Federal consigna serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos. (art. 51, LVI) A prova pretendida pelo reclamado, a fim de provar a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo em razão de flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do autor.

Emerge dos autos “inclusive admitido já na audiência inaugural (f. 117), tendo isso sido ainda corroborado pelo depoimento da preposta às f. 351-352” que o reclamado teve acesso ao teor do e-mail, diretamente, através do provedor que é administrado e mantido pelo próprio reclamado. Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (*e-mail*) “o que abrange o conhecimento das fotos a ele anexadas” foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia de comunicação eletrônica, o que, por si só, caracteriza a violação da correspondência e a quebra da legalidade.

Contra-argumenta o reclamado dizendo que a conta de *e-mail* por ela fornecida ao autor foi na condição de que a sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, o que

não teria sido observado pelo autor ao enviar correspondência eletrônica (*e-mail*) remetendo as noticiadas fotos.

Ainda que, se nos autos possa haver prova de que a conta de *e-mail* tenha sido distribuída ao autor com essa restrição/condição, tal circunstância, de modo algum, autorizaria o reclamado a, quebrando o sigilo da correspondência, ter acesso ao teor do *e-mail* sem a anuência do autor, ou de algum dos integrantes da cadeia.

A alegação do reclamado segundo a qual poderia ele ter acesso direto aos *e-mails* enviados pelo autor sem que isso caracterizasse violação do sigilo de correspondência “tudo em razão do fato de ter ela fornecido ao autor conta de *e-mail* e ter determinado de antemão que a dita conta fosse usada por ele somente para assuntos de serviço” em nada difere da hipótese dela, por ter franqueado ao autor determinada cota para emissão de correspondência tradicional, ou fornecido a ele determinada quantidade de selos/Correios, ou coisa que o valha, exigindo inclusive que sua utilização se restringisse a assuntos do serviço, violar as correspondências/cartas enviadas pelo autor ao utilizar-se de tal cota, ou selos/Correios, ainda que tal procedimento da empresa fosse para verificar se o empregado estava ou não seguindo a determinação para uso de cota/selos exclusivo em serviço. Coisa inadmissível, por expressa disposição constitucional (art. 51, XII).

O fato de o autor descumprir a determinação do reclamado para somente usar sua conta de *e-mail* para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o reclamado teve acesso ao teor do *e-mail*, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 51, LVI, c/c art. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência. (art. 51, XII). O STF tem mantido, após a Constituição, sua firme posição sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, como se viu, primeiro, pelo julgado de 30.06.1993 (HC 69.912-O-RS, Lex-STF 183/290 ET SEQ.) e, depois, pela manifestação unânime do Pleno da Corte em preliminar do julgamento da ação penal contra o ex-Presidente Collor e Paulo César Farias (Ação Penal 307-3-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 07.12.1994, DJU 13.10.1995, Seção I, p.34.247 et.seq).

Ao Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, havia sinalizado para a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando, contra o voto do relator, concluíra não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistirem nos autos elementos não-viciados pela contaminação da prova ilícita (RTJ 122/47). (Apud GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio

Magalhães. As nulidades no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 60 edição, 1999, p. 138).

Todo o conjunto probatório em relação aos fatos ensejadores da alegação de justa causa “incluindo a alegação segundo a qual o autor teria inobservado determinação do reclamado no sentido de usar a conta de endereço eletrônico exclusivamente para tratar assuntos do serviço, depoimento de testemunhas, confissão de parte, etc.” estão, portanto, contaminados, vez que o acesso ao *e-mail* efetuado pelo reclamado se deu de modo ilegal, com violação ao art. 51, XII, da Constituição.

Incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*Afruits of the poisonous tree*) (art. 573, § 11, do CPP, c/c art. 769, da CLT).

Não se diga que a correspondência eletrônica (*e-mail*) não está abrangida pelo termo “correspondência” de que trata o inciso XII, do art. 51 da CF, pois a lei nesse caso não fez discriminação, não cabendo ao intérprete fazê-lo. (*Ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*).

Assim, reitera-se a prova pretendida pelo reclamado, em relação a justa causa alegada, não pode ser em juízo admitida por prova obtida por meio ilícito.

Alegação de justa causa não acolhida. Dispensa sem justo motivo.

**Quanto ao auxílio alimentação, afirma o reclamado que participava do PAT.**

**De fato, os documentos de f. 163 e seguintes são relativos ao estabelecimento do reclamado situado em Curitiba, e não ao de Brasília. Ocorre que as próprias normas coletivas retiram a natureza salarial da parcela ao consignarem que auxílio não terá a natureza remuneratória. (art. 81, XXVI, da Constituição). Negada, assim, a integração da parcela ajuda alimentação. Prejudicados os reflexos.**

**Salário retido (Maio 2000) pago, conforme f. 143. Este, negado.**

**Imotivada a dispensa, devido aviso prévio trintídio indenizado, a integrar o tempo de serviço para todos os efeitos legais. (CLT, art. 487, § 11, c/c Constituição, art. 7º, XXI). Devidos 6/12 de 13º salário, bem como 4/12 de férias, parcela esta majorada ainda em 1/3, tudo em valores não superiores ao reclamados.**

**Imotivada a dispensa, é devida a liberação das quantias devidas ou depositadas na conta vinculada de ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO. Garantida a regularidade dos depósitos.**

**Brasília, 09 de outubro de 2001, às 15h40 min.**

**ANEXO B – Ementa de Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho**  
Da 10ª Região

EMENTA DE ACÓRDÃO DO TRT DA 10ª REGIÃO, RO 054/2002-08-06, que reformou a decisão de 1º grau<sup>286</sup>

**Recorrente: HSBC Seguros Brasil SA**

**Recorrido: ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO**

RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO- JUSTA CAUSA – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO *E-MAIL* DA EMPRESA – ALEGAÇÃO DE PROVA PRODUZIDA POR MEIO ILÍCITO. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do *e-mail* da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do *e-mail* apresenta-se como uma forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema *Internet* que atenta contra a moral e os bons

---

<sup>286</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região. Ementa. Acórdão. RO 054/2002-08-06. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S. A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. 3ª Turma. Rel.: Juíza Márcia Cúrsio. Brasília, DF, 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.trt10.gov.br>>. Acesso em 19 out. 2005.

costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 10ª Região- DF. Acórdão. Recurso ordinário nº 0504/2002. HSBC Seguros Brasil S/A e Elielson Lourenço do Nascimento. Relatora: Márcia Cúrsio. Decisão unânime da 3ª Turma. 19 de julho de 2002).

**Acórdão do TST Inteiro Teor (Parte que concerne à inviolabilidade da correspondência)<sup>287</sup>**

**NÚMERO ÚNICO PROC:** RR - 613/2000-013-10-00

**PUBLICAÇÃO:** DJ - 10/06/2005

PROC. Nº TST- RR-613/2000-013-10-00.7

**A C Ó R D ã O**

1ª Turma

JOD/rla/jc

Ementa

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIALPORNOGRÁFICO.

1.Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente,assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("*e-mail*" particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "*e-mail*" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de

---

<sup>287</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, RR 613-2000-013-10-00. Recorrente HSBC Seguros Brasil S.A. e Recorrido Elielson Lourenço do Nascimento. 1ª Turma. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 15 de maio de 2005. Publ. DJ 10 jun. 2005. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2005. (Somente parte que concerne à inviolabilidade da correspondência).

terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre *Internet* e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "*e-mail*" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

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.

#### **6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST- RR- 613/2000-013-10-00.7, em que é Recorrente HSBC SEGUROS BRASIL S.A. e Recorrido ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 531/566, deu provimento parcial ao recurso ordinário da Reclamada para

reconhecer a dispensa por justa causa do Reclamante, afastando a condenação em verbas rescisórias e de entrega de guias do seguro desemprego. Ao recurso ordinário do Reclamante, por sua vez, deu provimento parcial para acrescer à condenação o pagamento de horas extras referentes ao período compreendido entre março de 1997 e junho de 1999.

Interpostos embargos de declaração pelo Reclamante e pela Reclamada, ambos foram conhecidos e parcialmente providos para prestar esclarecimentos (fls. 589/597).

Inconformadas, as partes interpuseram recurso de revista.

O Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento a ambos os recursos. Ao recurso de revista do Reclamante, com apoio nas Súmulas nº 23, 126, 296 e 297 do TST, assim como por inexistência de ofensa direta à Constituição da República. A seu turno, o recurso de revista da Reclamada foi trancado com amparo nas Súmulas nºs 23, 126 e 297 do TST. Entendeu, ainda, que o Eg. Tribunal *a quo* não negou prestação jurisdicional às partes, apenas decidiu contrariamente aos seus interesses.

Contra essa decisão, ambas as partes interpuseram agravo de instrumento. O Reclamante, alegando que o recurso de revista é admissível por violação a dispositivos constitucionais e legais, bem assim por divergência jurisprudencial. A

Reclamada, aduzindo que o recurso é admissível, na forma do disposto nas alíneas "a" e "c" do art. 896 da CLT.

Contraminuta da Reclamada às fls. 698/702.

Contraminuta do Reclamante às fls. 703/710.

É o relatório.

## A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

### 1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

### 2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

#### 2.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alega o Reclamante, no recurso de revista, que o Eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar a questão referente à dinâmica da investigação dos "e-mails" e tampouco discorreu acerca da participação das partes que receberam a mensagem eletrônica.

Inconformado, aponta violação aos seguintes preceitos legais: art. 538 do CPC; arts. 769, 832 e 897-A da CLT; arts. 5º, II e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

O inconformismo, contudo, não merece prosperar.

O Eg. Regional, ao apreciar e julgar os embargos de declaração do Reclamante, assim consignou:

"No que toca ao rastreamento das mensagens, cumpre lembrar, inicialmente, que o preposto, em depoimento pessoal, detalhou o encadeamento dos fatos e o *modus operandi* da investigação (a fls. 351/352).

O rastreamento executado pela Reclamada foi explicitado na defesa, a fls.120, e confirmado pelas testemunhas CLAUDEMIR BORIN MEIRA (a fls. 296/297) e GUILHERME DE ALMEIDA MENDES (a fls. 318/319),

Despiciendo discorrer, como pretende o Embargante, sobre a '(...) participação ou envolvimento das partes que as mensagens eletrônicas se dirigiam' nos trabalhos de rastreamento, eis que a sua realização se deu em nível de processamento de dados, internamente na empresa.

Tal conclusão está exposta a fls. 537, 2º/5º parágrafos, do acórdão.

Improcede a obscuridade apontada no particular." (fl. 593)

Diante do quadro ora delineado, não vislumbro nulidade a ser acolhida, tendo-se manifestado o Eg. Regional sobre todos os aspectos relevantes para a solução da lide, conforme o seu livre convencimento motivado (arts.125 e 131 do CPC).

O fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Com efeito, observa-se que o v. acórdão recorrido atendeu ao comando do artigo 458 do CPC e ao artigo 832 da CLT, embora de forma diversa da pretendida pelo Reclamante.

Desse modo, incólumes os referidos preceitos legais.

No tocante aos artigos 538 do CPC, 769, 832 e 897-A da CLT e 5º, incisos II e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam, sequer em tese, à argüição de

nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST:

"Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Conhecimento por violação. Art. 458 CPC ou art. 93, IX CF/1988. (Inserido em 20.11.1997)

Admite-se o conhecimento do recurso, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, por violação do art. 832 da CLT ou do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX da CF/1988.

Inadmissível o recurso de revista, no particular.

[...]

2.3. PROVA ILÍCITA. JUSTA CAUSA. "E-MAIL". RASTREAMENTO. INTIMIDADE. INVIOLABILIDADE

A Empresa ora Agravada despediu o ora Agravante por justa causa, depois de constatar que o Reclamante, no exercício de suas funções, teria expedido comunicações eletrônicas -- *e-mail's* -- com fotos pornográficas, utilizando-se do computador e do provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico da empresa que lhe foi disponibilizado para a execução de suas tarefas profissionais.

Insurge-se o Reclamante no tocante à admissão das provas apresentadas pela Reclamada para comprovar a justa causa. Aduz que a Reclamada teria violado o seu "*e-mail*", sem a sua anuência, contaminando, assim, as provas obtidas mediante esse acesso "ilegal".

O Eg. Tribunal Regional consignou, no particular (sem grifo no original)

"JUSTA CAUSA. MEIO DE PROVA. LICITUDE.

O juízo *a quo* não acolheu a justa causa pretendida pela reclamada, alegando que as provas obtidas o foram de modo ilegal, com violação ao art. 5º, XXII, da Constituição, razão pela qual condenou a reclamada ao pagamento das seguintes verbas rescisórias de direito.

Renova a reclamada, em sede de recurso ordinário, a tese da justa causa. Diz que o autor utilizou-se indevidamente do correio eletrônico e do *e-mail* da empresa, os quais lhe foram concedidos para o exercício regular das suas atividades, para a transmissão de fotos de conteúdo pornográfico.

Aduz, ainda, que existe norma do Banco determinando que *e-mail* recebido por empregado deverá ficar restrito a assuntos inerentes ao trabalho.

Alega a reclamada que, ainda que assim não se considere, mesmo na hipótese de se entender que tenha sido a prova produzida através de meio ilícito, é importante que seja utilizado no presente caso o princípio da proporcionalidade, de forma a afastar os extremos, qual seja, a total inadmissibilidade da prova considerada ilícita.

Comungo dos fundamentos lançados nas razões de recurso da reclamada acerca do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada.

A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de

forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

De acordo com a decisão de 1º grau, a reclamada teria utilizado de meios ilícitos, substanciados no rastreamento do *e-mail* do reclamante, para descobrir quem teria passado as fotos pornográficas para outras pessoas dentro da empresa.

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o *e-mail* do reclamante, como o seu próprio provedor.

Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido dos *e-mails*, por um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o *e-mail* não poderia ser utilizado para fins particulares.

É importante frisar que o obreiro, em seu depoimento, conforme se vê as fls. 117, não infirmou as alegações patronais no sentido de que a utilização do *e-mail*

estaria restrita para fins de trabalho, tendo em vista ter declarado '... que o depoente não tem certeza se a reclamada tinha restrição em relação ao uso de *e-mail* para assunto que não de serviço...'

Nestas circunstâncias sequer se poderia falar em privacidade; o fato é que a reclamada concedeu ao autor um *e-mail* com vistas à exclusiva utilização para o trabalho, visto que o provedor era do HSBC.

Não há qualquer violação ao *e-mail* do reclamante, posto que isto não era de sua propriedade. Sendo o *e-mail* propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado.

Ocorre que muitos funcionários vêm se utilizando da *internet* e da *intranet* para fins outros que não os inerentes às atividades da empresa. Tal conduta traduz-se em ato faltoso e, do ponto de vista de muitos juristas, inclusive, ensejador de rescisão contratual por justa causa. Há que se concordar que tal situação não pode ser enquadrada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal (...).

O legislador constituinte, ao criar este dispositivo, o fez com o intuito de proteger a intimidade das pessoas, em situações que comumente ocorrem em locais privados. Entretanto, é evidente que dentro de uma empresa, onde todos os instrumentos são de sua propriedade e disponibilizados aos empregados com o único objetivo de melhor desenvolverem suas atividades, a situação é diversa, sendo até mesmo óbvio que não exista 'confidencialidade' dentro das empresas e que os usuários, acima de tudo, não confundam sua vida particular com a atividade profissional.

Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do *e-mail* da empresa, esta, em regra, responde solidariamente por

tal ato. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado.

Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do *e-mail* apresenta-se como a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização às informações que tramitam no âmbito da empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso do sistema *internet*, que pode, inclusive, atentar contra a moral e os bons costumes, causando a imagem da empresa prejuízos de larga monta.

Desta forma, não há qualquer indício de que a reclamada tenha tentado invadir, deliberadamente, a suposta privacidade do autor, ressaltando-se que, diante da gravidade das denúncias recebidas, cabia ao empregador promover as diligências necessárias a apuração dos fatos denunciados, sob pena de incorrer em omissão. Assim, não vejo, com a mesma clareza do Juízo *a quo*, a suposta violação à garantia da intimidade do reclamante, razão pela qual, no presente caso, não há que se falar na obtenção de provas por meio ilícito." (fls.535/540)

Interessante, também, transcrever alguns trechos do voto do Juiz Douglas Alencar Rodrigues, Revisor:

"Sr. Presidente,

Estou de acordo com o bem cuidado voto condutor, mas peço permissão para tecer algumas breves considerações apenas acerca da falta grave discutida no recurso empresarial.

Como esclareceu a d. Juíza Relatora, o Banco recorrente deliberou rescindir por falta grave o contrato de trabalho mantido com o Reclamante, após constatar que ele, no exercício de suas funções, fez expedir comunicações eletrônicas - *e-mail's* - com fotos pornográficas, utilizando-se do computador da empresa, de seu provedor e do próprio endereço eletrônico que lhes foram disponibilizados para a execução de suas atribuições.

A matéria é inédita e suscita uma série infindável de questões, como a que foi tratada na instância primária, envolvendo a natureza ilícita do acervo probatório construído pelo Reclamado, a partir do rastreamento de seu próprio provedor para identificação da unidade responsável pela remessa dos *e-mail's* com aquele conteúdo pornográfico.

Na opinião do i. Julgador Primário, porque obtidas a partir da quebra do sigilo de correspondência do Reclamante, as provas obtidas seriam ilícitas, por isso não se prestando à justificação da falta grave aplicada, ante a ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da CF.

Penso, porém, que a solução é diversa, reclamando o percurso prejudicial de algumas etapas de raciocínio.

Em primeiro plano, cabe aferir se o *e-mail* concedido para o exercício funcional pode ou não ser equiparado às correspondências postais e telefônicas e, nessa condição, se estaria alcançado pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Em segundo lugar, se a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas, teria ou não violado alguma garantia constitucional, contaminando as provas obtidas.

E, finalmente, em terceiro plano, cumpre decidir se os fatos apurados justificaram ou não a resolução contratual praticada pelo Reclamado.

Em relação ao primeiro aspecto, não vejo, com todas as venias devidas ao i. Juízo Primário, como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador.

Relembro, inicialmente, que o art. 5º, inciso IX, da CF consagra a todos os cidadãos a liberdade de expressão comunicativa, independentemente de censura ou licença, igualmente assegurando, em seu inciso X, a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a previsão de indenização quando violadas.

Preconiza, também, o inc. XII do mesmo art. 5º da CF (...).

No caso concreto, contudo, nenhum desses dispositivos restou malferido, como passo a evidenciar.

Definitivamente, não há como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho.

Titular do poder diretivo, o empregador assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas por seus empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas.

(...)

Parece certo, portanto, que, na ausência de regras expressas que viabilizem a utilização dos equipamentos da empresa para fins privados, não há como admitir sejam eles manipulados com esse propósito, a tal modo que se possa reconhecer ao empregado direito ao sigilo de correspondência eletrônica.

Muito embora dos autos aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão, o que poderia sugerir a inexistência de qualquer restrição para a utilização do *e-mail* para fins pessoais, é certo que - como consignado no parecer ministerial emitido em sessão - em todos os *e-mail's* acionados pelos empregados do Reclamado consta um breve texto em inglês, ressaltando o caráter confidencial das comunicações trocadas por aquele sistema eletrônico e a nota de que deveriam restituir mensagens recebidas com equívoco, apagando-as em seguida do próprio programa de comunicação.

Ainda que fosse absolutamente silente o contrato ou os sistemas operados, é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis.

Considerando os objetivos que justificaram a concessão de *e-mail* pelo Reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

(...)

Seja como for, não sendo possível, na visão deste juízo (CPC, art. 131), reconhecer privacidade no sistema de comunicação eletrônico disponibilizado pelo Reclamado para a execução pelo Reclamante de suas atividades profissionais,

resta claro que a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, não violou qualquer garantia constitucional, tampouco contaminando as provas colhidas pela empresa, ao contrário do que inteliuiu o d. juízo primário.

Fixadas essas premissas, tenho como nítida a prática de ato suscetível de autorizar a resolução do contrato, por mau procedimento, (...).

Merece, pois, provimento a irrisignação patronal.

Se o *e-mail* é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à *Internet*, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).

Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de fotos pornográficas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando a resolução do pacto laboral.

Com essas breves considerações, acompanho o voto condutor.

É como voto, Sr. Presidente."

Sustenta o Reclamante no recurso de revista que o Eg. Tribunal *a quo* teria violado o art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal, particularmente ao admitir as provas ilícitas apresentadas pela Reclamada.

Argumenta o Agravante:

"Temos que a prova produzida pela empresa para substanciar a censurável justa causa alegada em sua defesa e reconhecida pelo Regional, não pode ser admitida em juízo, pois totalmente contaminada, em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do Autor.

[...]

Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (*e-mail*) - o que abrange o conhecimento das fotos a ela anexadas - foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia eletrônica, o que, por si só, caracteriza violação da correspondência e a quebra da legalidade.

Apesar de o Reclamado ter dito que a conta de *e-mail* por ele fornecida ao Autor foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, isso não significa dizer que o autorizaria quebrar o sigilo da correspondência e ter acesso ao teor dos *e-mails* do Recorrente sem sua anuência, ou de algum dos integrantes da cadeia.

[...]

O fato do (sic) Autor descumprir a determinação do Reclamado para somente usar sua conta de *e-mail* para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão contratual por justa causa, conforme o caso.

Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o Reclamado teve acesso ao teor do *e-mail*, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 5º, LVI c/cart. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII)." (fls. 634/636)

A peculiaridade e a estupenda relevância do presente caso recomendam uma abordagem particularizada dos seus múltiplos aspectos.

### 2.3.1 A INTERNET NO AMBIENTE DE TRABALHO

Sabe-se que a *Internet* e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas Empresas, que se utilizam desse novo meio de comunicação para desenvolver os meios de produção, proporcionando, dentre outras vantagens, maior eficiência para as suas atividades.

O número expressivo de empregados trabalhando *on line* é uma indicação clara da eficiência e utilidade das comunicações eletrônicas, tais como "*e-mail*" e acesso à *Internet* para fins profissionais. De baixo custo e rápidas, as comunicações eletrônicas podem melhorar a eficiência e produtividade dos empregados, propiciando formas convenientes de comunicação com clientes, colegas de trabalho, além de transmissão de informações de modo infinitamente mais eficiente. Dadas as óbvias vantagens, inquestionável o fato de as empresas estarem cada vez mais lançando mão de tais recursos tecnológicos.

Sabe-se, todavia, que alguns empregados, com relativa freqüência, abusam na operação do *e-mail* corporativo e da própria *Internet*, sob múltiplas formas, bem conhecidas: envio a terceiros de fotos pornográficas ou a divulgação de

mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo empresarial, ou contendo vírus etc. Outras vezes o empregado, em terminal de computador da empresa, no horário de trabalho, vale-se da *Internet* para baixar músicas e filmes, ou acessar *sites* "adultos" e, enfim, consome tempo e recursos preciosos do empregador, para tratar de assuntos não relacionados ao serviço, acarretando sensível queda da produtividade, quando não lentidão no sistema de informática da empresa.

Essas e muitas outras situações bem conhecidas denotam que a tecnologia da *Internet*, mormente da correspondência eletrônica, com seus encantos e mazelas, tem suscitado um elenco infindável de tormentosas e atormentadoras questões jurídicas.

Uma de tais questões consiste em saber se o empregador tem direito de rastrear ou monitorar o *e-mail* corporativo disponibilizado ao empregado para uso em serviço e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida, destinada à apuração de justa causa em processo judicial.

### 3.2.2 "E-MAIL" CORPORATIVO E "E-MAIL" PARTICULAR

Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o "*e-mail*" apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema ("O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho". São Paulo: LTr, 2004, p. 64).

Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: "*e-mail*" particular ou pessoal do empregado e "*e-mail*" corporativo.

No caso de "*e-mail*" particular ou pessoal do empregado -- em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador -- ninguém pode exercer controle algum de conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em *e-mail* particular.

Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado *e-mail* corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o *e-mail* corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa.

O "*e-mail*" corporativo distingue-se do *e-mail* pessoal ou particular do empregado, na medida em que aquele equivale a uma ferramenta de trabalho que a própria Empresa coloca à sua disposição para utilização em serviço.

O "*e-mail*" corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética.

A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de *e-mail* não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do

próprio empregador utilizada para evitar que terceiros, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de *e-mail* da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos internos e confidenciais.

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização comedida do *e-mail* (enviando uma mensagem eventual) ou da *internet* (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do *e-mail* corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo) sobre o correio eletrônico.

Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do *e-mail* corporativo na empresa.

Cumpra ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência em relação ao empregado, no tocante ao uso do *e-mail* corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade.

Se o *e-mail* é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional. Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins pessoais, muito menos para provocar prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade.

Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o *e-mail* corporativo, poderá a Empresa, em tese, responder perante

terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia com a utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III).

Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra BELMONTE:

"Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e *e-mails* diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa.

No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados *Legal Disclaimers* ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de *e-mail* causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abalroamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto."(IN: MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, LTr, 2004, P. 113)

### 3.2.3 MONITORAMENTO DO *E-MAIL* CORPORATIVO NO DIREITO COMPARADO

Uma vez que o Brasil, como visto, resente-se da ausência de normatividade específica a respeito da correta utilização do *e-mail* corporativo pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo Empregador, revela-se pertinente um rápido exame dessas questões sob o prisma do Direito Comparado.

Em termos legislativos, o Reino Unido é o País que mais evoluiu nesta área: o Parlamento aprovou lei, conhecida como RIP (*Regulation of Investigatory Powers Act*), que autoriza os empregadores, desde 24/10/2000, a promover o monitoramento de *e-mails* e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais:

*"(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 3.2<sup>288</sup>.*

Mais adiante dispõe ainda a referida Lei inglesa:

*"(3) Nothing in any regulations under subsection (2) shall authorise 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 4.3<sup>289</sup>)*

---

<sup>288</sup> (3) Procedimento consistindo na interceptação de uma comunicação é autorizada pela seção se:

- a) É um procedimento pelo ou no interesse de uma pessoa que forneça um serviço postal ou serviço de telecomunicação; e
- b) Realiza-se para propósitos relacionados com o fornecimento ou operação daquele serviço ou com a execução de uma lei, em relação àquele serviço, referente a qualquer lei para o uso de serviço postal ou de serviço de telecomunicações". (Parte I, cap. I, Seção 3.2.)

<sup>289</sup> Nada em qualquer regulamento na subseção abaixo (2) autorizará a interceptação de qualquer comunicação, exceto no curso de suas transmissões, usando instrumentos ou serviços fornecidos pelas ou para pessoas continuando no trabalho, para uso total ou parcialmente em ligação com este trabalho. (Parte I, cap. I, seção 4.3).

Nos Estados Unidos da América, há diversos precedentes que, a meu ver, merecem realce.

A Eg. Corte Suprema dos Estados Unidos analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso O'Connor v. Ortega.(480 U.S., 107 S. Ct. 1492, 94 L. Ed. 2d 714 - de 1987).

À época, a Eg. Suprema Corte Norte-Americana reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho, digna de proteção legal. Entretanto, deve-se ponderar esta privacidade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho.

A Eg. Corte assentou que, em certas áreas, os empregados podem ter uma razoável expectativa de privacidade (*expectation of privacy*<sup>290</sup>). Mas, ressalva-se, nunca de forma absoluta:

*"The decision recognized that with the question of privacy in the workplace there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is a question of specific practices within the employee's workplace, and the issue of whether an employee has a reasonable expectation of privacy 'must be addressed on a case-by-case basis'." (Id. IN 716, 1497<sup>291</sup>)*

Sob tal entendimento, diversos cidadãos daquele País moveram ações em desfavor do empregador ao argumento de que este, supostamente, teria violado sua privacidade ao monitorar o *e-mail* corporativo.

---

<sup>290</sup> Expectativa de privacidade.

<sup>291</sup> “Esta decisão reconheceu que a questão de privacidade no local de trabalho não é absoluta. Muitas vezes, se um empregado tem uma razoável expectativa de privacidade é uma questão de práticas específicas, dentro do local de trabalho de empregados, e a resolução do problema de qual empregado tem uma razoável expectativa de privacidade ‘deve ser abordado na base do caso a caso’” (Id. IN 716, 1497).

A maioria das Cortes americanas, porém, tende a assentar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador, não tem expectativa de privacidade quanto a esta.

Vale dizer: tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador, os referidos Tribunais americanos vêm consignando que o empregado não tem razoável expectativa de privacidade quanto à utilização do *e-mail* corporativo e do acesso à Internet através do sistema operacional da empresa. Acentuam, inclusive, que mesmo que houvesse uma razoável expectativa de privacidade, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do *e-mail* da empresa e dos sistemas de *Internet*.

No *leading case*<sup>292</sup> de *Smyth v. Pillsbury Co.*, determinado empregado alegou que havia sido dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade teria sido violada.

Neste caso, a Eg. *United States Court for the Eastern District of Pennsylvania*<sup>293</sup> entendeu que o Empregado havia enviado várias mensagens de *e-mail* através do sistema da Empresa, que vieram a ser acessadas pelo seu empregador, sem a sua anuência. Devido ao conteúdo impróprio destas mensagens, o Empregador rescindiu o contrato de emprego.

Esta Eg. Corte da Pennsylvania, entretanto, negou procedência ao pedido do empregado, a despeito de resultar comprovado que o Empregador havia reiterado aos seus Empregados que o *e-mail* poderia ser utilizado para fins pessoais e que

---

<sup>292</sup> Caso exemplo.

<sup>293</sup> Egrégia Corte do Estados Unidos para o Distrito Leste da Pennsylvania.

as mensagens não seriam, em momento algum, interceptadas, mantendo-se confidenciais.

A aludida Corte americana entendeu que, mesmo com as referidas concessões do empregador, o empregado não tinha expectativa de privacidade ao utilizar o sistema da empresa para enviar suas mensagens de *e-mail*.

Releva transcrever alguns trechos da decisão em apreço:

*Liability only attaches when the "intrusion is substantial and would be highly offensive to the 'ordinary reasonable person.'" Borse, 963 F.2d at 621 (citation omitted). Although the Court of Appeals in Borse observed that "the Pennsylvania courts have not had occasion to consider whether a discharge related to an employer's tortious invasion of an employee's privacy violates public policy", the Court of Appeals predicted that in any claim where the employee claimed that his discharge related to an invasion of his privacy "the Pennsylvania Supreme Court would examine the facts and circumstances surrounding the alleged invasion of privacy. If the court determined that the discharge was related to a substantial and highly offensive invasion of the employee's privacy, believe that it would conclude that the discharge violated public policy." Id. at 622. In determining whether an alleged invasion of privacy is substantial and highly offensive to a reasonable person, the Court of Appeals predicted that Pennsylvania would adopt a balancing test which balances the employee's privacy interest against the employer's interest in maintaining a drug-free workplace. Id. at 625. Because the Court of Appeals in Borse could "envision at least two ways in which an employer's drug and alcohol program might violate the public policy protecting individuals from tortious invasion of privacy by private actors" id. at 626, the Court vacated the district court's order*

*dismissing the plaintiff's complaint and remanded the case to the district court with directions to grant Borse leave to amend the Complaint to allege how the defendant's drug and alcohol program violates her right to privacy.*

*Applying the Restatement definition of the tort of intrusion upon seclusion to the facts and circumstances of the case sub judice, we find that plaintiff has failed to state a claim upon which relief can be granted. In the first instance, unlike personal property searches, we do not find a reasonable expectation of privacy in e-mail communications voluntarily made by an employee to his supervisor over the company e-mail system not with standing any assurances that such communications would not be intercepted by management. Once plaintiff communicated the alleged unprofessional comments to a second person (his supervisor) over an e-mail system which was apparently utilized by the entire company, any reasonable expectation of privacy was lost. Significantly, the defendant did not require plaintiff, as in the case of an personal property search to disclose any personal information about himself. Rather, plaintiff voluntarily communicated the alleged unprofessional comments over the company e-mail system. We find no privacy interests in such communications.*

*In the second instance, even if we found that an employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we do not find that a reasonable person would consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of his privacy. Again, we note that by intercepting such communications, the company is not, as in the case of personal property searches, requiring the employee to disclose any personal information about himself or*

*invading the employee's person or personal effects. Moreover, the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments.*

*In sum, we find that the defendant's actions did not tortiously invade the plaintiff's privacy and, therefore, did not violate public policy. As a result, the motion to dismiss is granted. (Smyth v. Pillsbury Co., 914F.Supp. 97, 100 - E.D. Pa. 1996)<sup>294</sup>.*

---

<sup>294</sup> Há risco somente quando a “intrusão é substancial e seria altamente ofensiva à ‘pessoa mediana comum’”. Borse, 963 F. 2d, 621 (citação omissa). Também a Corte de Appeals em Borse observou que “a Corte de Pennsylvania não tivera oportunidade de considerar se uma despedida conexa à invasão prejudicial de um empregador à privacidade de um empregado viola interesse público”, a Corte de Appeals predisse que em qualquer pretensão em que o empregado reclamou que sua despedida relativa a uma invasão de sua privacidade “a Suprema Corte da Pennsylvania examinaria os fatos e circunstâncias que circundam a alegada invasão de privacidade. Se a corte decidiu que a despedida foi referente a uma invasão altamente ofensiva e substancial da privacidade do empregado, acredita que concluiria que a despedida violou o interesse público.” Id. 622. Concluindo se uma alegada invasão de privacidade é substancial e altamente ofensiva para uma pessoa mediana, a Corte de Appeals disse que Pennsylvania adotaria um teste de equilíbrio o qual examina o interesse da privacidade do empregado contra o interesse do empregador em manter um ambiente de trabalho livre de drogas. Id. 625. Porque a Corte de Appeals em Borse poderia “visar pelo menos dois caminhos no qual um programa contra álcool e drogas do empregador pode violar o interesse público, protegendo indivíduos de invasões de privacidade prejudiciais por atores privados” id 626, a Corte anulou a ordem da jurisdição distrital demitindo a parte querelante e remetendo o caso à corte distrital com instruções para Borse reformar a declaração e o autor explicitar como os defensores do programa contra álcool e drogas violam seu direito à privacidade.

Aplicando a definição de exposição do prejuízo da intrusão sobre separação dos fatos e circunstâncias do caso *sub judice*, nós pensamos que autor não teve êxito para expor a reclamação sobre qual remédio pode ser concedido. Em primeira instância, diferentemente da busca de individualidade, nós não encontramos uma expectativa razoável de privacidade nas comunicações por *e-mail* feitas voluntariamente por um empregado ao seu supervisor sobre o sistema de *e-mail* corporativo não com condição de qualquer segurança que tais comunicações não seriam interceptadas pela chefia. Desde que o autor comunicou o alegado comentário não profissional a uma segunda pessoa (seu supervisor) sobre um sistema de e-mail o qual era aparentemente utilizado por toda companhia, qualquer expectativa de privacidade perdeu-se. Significativamente, o réu não requereu ao autor, como numa busca de individualidade para descobrir qualquer informação sobre si mesmo. Ao contrário, o autor voluntariamente comunicou os alegados comentários não profissionais sobre o sistema do *e-mail* corporativo. Nós não encontramos nenhum interesse privativo em tais comunicações.

Na segunda instância, mesmo se nós achássemos que um empregado tem uma razoável expectativa de privacidade no conteúdo de suas comunicações por *e-mail* sobre o sistema do *e-mail* da empresa, nós não pensamos que uma pessoa razoável consideraria a interceptação do réu naquelas comunicações fosse uma invasão substancial e altamente ofensiva de sua privacidade.

Outro caso famoso ocorreu no Estado do Texas, onde o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas também se posicionou favoravelmente em relação ao Empregador.

No aludido processo, independentemente de a Empresa Microsoft haver providenciado ao Empregado uma senha de acesso para o *e-mail* e uma pasta pessoal para arquivar suas mensagens, a Eg. Corte do Texas também decidiu que ao Empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens arquivadas dentro daquela pasta ou dentro de sua caixa de *e-mail*.

A mencionada conclusão fundou-se no argumento de que as mensagens de *e-mail* primeiro teriam circulado dentro de vários pontos do sistema de *e-mail* da Microsoft, onde poderiam ser acessadas a qualquer hora pela Empresa e, somente depois, viriam a compor a esfera privada do Empregado. Importa transcrever o seguinte trecho da decisão:

*"As asserted by Mc Laren in his petition, e-mail was delivered to the server-based "inbox" and was stored there to read. Mc Laren could leave his e-mail on the server or he could move the message to a different location. According to Mc Laren, his practice was to store his e-mail messages in" personal folders." Even so, any e-mail messages stored in Mc Laren's personal folders were first transmitted over the network and were at some point accessible by a third-party.*

---

Novamente, nós notamos que interceptando tais comunicações, a empresa não está como num caso de busca de individualidade, requerendo ao empregado para revelar qualquer informação pessoal sobre si mesmo ou invadindo a pessoalidade do empregado ou efeitos pessoais. Além disso, o interesse da empresa em prevenir comentários inapropriados e antiprofissionais ou mesmo atividade ilegal sobre seu sistema de *e-mail* sobrepuja qualquer interesse de privacidade que o empregado possa ter naqueles comentários.

Em resumo, nós entendemos que as ações do réu não invadem prejudicialmente a privacidade do autor e, portanto, não violam interesse público. Como um resultado, a moção para demitir está concedida. (Smyth v. Pillsbury Co., 914F. Supp. 97,100-E.D. Pa. 1996).

*Given these circumstances, we cannot conclude that Mc Laren, even by creating a personal password, manifested --and Microsoft recognized -- a reasonable expectation of privacy in the contents of the e-mail messages such that Microsoft was precluded from reviewing the messages." (Case nº 05-97-00824, 1999 Tex. App. Lexis 4103 -Tex. Crt. Of App., May 1999)<sup>295</sup>.*

A Eg. Court of Appeal of the State of California, por sua vez, no caso Bourke v. Nissan Motor Corporation, manifestou-se no mesmo sentido:

*Whether an individual's constitutional right to privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed.(Alarcon v. Murphy (1988) 201. Cal.App.3d1, 5; People ex rel. Franchise Ta x Bd. v. Superior Court (1985) 164 Cal.App.3d 526, 540-541.) Nissan maintains that the evidence conclusively establishes that plaintiffs had no reasonable expectation of privacy in their E-mail messages. In support of this contention, they cite the following undisputed facts: (1) Plaintiff search signed a Computer User Registration Form, which states that "[i]s company policy that employees and contractors restrict their use of company-owned computer hardware and software to company business." (2) In November or December of 1989, more than a year before her termination, Hall learned from co-*

---

<sup>295</sup> “Como sustentado por Mac Laren em sua petição, e-mail foi distribuído ao servidor e foi arquivado lá para ler. Mc Laren deixaria seu e-mail no servidor ou moveria a mensagem para um lugar diferente. De acordo com Mc Laren, sua prática foi distribuir suas mensagens de e-mail em folders pessoais. Mesmo assim, qualquer mensagem de e-mail distribuída nos folders de Mc Laren foi primeiro transmitida sobre a rede de trabalho e estavam acessíveis em vários pontos, por terceiros. Dadas essas circunstâncias, não podemos concluir que Mc Laren, mesmo criando uma senha pessoal manifestada - e a Microsoft reconhecido - uma expectativa razoável de privacidade no conteúdo das mensagens de e-mail tanto que a Microsoft foi impedida de examinar as mensagens”. (Caso nº 05-97-00824, 1999 Tex. App. Lexis 4103 – Tex. Crt. Of. App., May 1999).

*workers that E-mail messages were, from time to time, read by individuals other than the intended recipient. Hall relayed this information to Bourke in March of 1990. (3) In June 1990, a full six months before Bourke's termination, a fellow employee, Lori Eaton, contacted Bourke to complain about the personal, sexual nature of Bourke's E-mail message which Eaton had retrieved for demonstration purposes during a training session at an Infiniti dealership.*

*Nissan contends that the foregoing uncontroverted facts regarding plaintiff's knowledge that E-mail messages could in fact be read without the author's knowledge or consent establishes as a matter of law that plaintiffs had no objectively reasonable expectation of privacy in those messages. In contradiction of that conclusion, plaintiffs assert that they had such an expectation because they were given passwords to access the computer system and were told to safeguard their passwords. While plaintiffs' statements that they believed that their E-mail messages would remain private may be sufficient, on a motion for summary judgment, to raise the issue of plaintiffs' subjective understanding, the question presented to us is whether their expectations of privacy were objectively reasonable as a matter of law. We agree with the trial court that they were not.*

*In the absence of a reasonable expectation of privacy, there can be no violation of the right to privacy. (Alarcon v. Murphy, supra, 201Cal. App.3d 1, 5.) Thus, plaintiffs' causes of actions for common law invasion of privacy and violation of the constitutional right to privacy were properly dismissed on summary judgment. (Case n° B068705 - July 2003)<sup>296</sup>*

---

<sup>296</sup> Se um direito constitucional à privacidade de um indivíduo tem sido violado depende primeiro de determinar se aquele indivíduo tem uma expectativa razoável de privacidade pessoal e

Abraçaram igualmente tal diretriz os seguintes precedentes norte-americanos: *Restuccia v. Burk Technology, Inc.*, julgado pela Eg. *Supreme Judicial Court of Massachusetts* em 12/08/96; *Fraser v. NationwideLife Insurance Co.*, julgado pela Eg. *United States Court of Appeals for the Third Circuit* em 23/06/03.

Percebe-se, assim, dessa rápida menção ao Direito Comparado, que dois países paladinos do respeito às liberdades civis e aos direitos e garantias individuais do cidadão -- EUA e Reino Unido --- não ousaram estender ao *e-mail* corporativo a proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No Brasil, penso que não há razão para adotar solução diferente.

Sem mais, é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do princípio da

---

objetivamente tenha sido infringida. (Alarcon v. Murphy, 1988, 201. Cal. App.3d1, 5; *People ex rel. Franchise TA x Bd. V Superior Court*, 1985, 164. Cal. App. 3d 526, 540-541). Nissan mantém a evidência, conclusivamente, estabelece que as partes não têm razoável expectativa de privacidade em suas mensagens. Em amparo a esta controvérsia, eles citam os seguintes fatos incontroversos: (1) A parte firmou uma forma de registro de usuário de computador, a qual declara que “é interesse corporativo que empregados e contratantes restrinjam o uso de seus próprios computadores, máquinas e programas, aos negócios da empresa”. (2) Em novembro ou dezembro de 1989, mais de um ano antes de seu término, Hall soube através de colegas que mensagens de *e-mail* eram, de quando em quando lidos por indivíduos outros que não o receptor destinatário. Hall retransmite essa informação a Bourke em março de 1990. (3) Em junho de 1990, seis meses antes da conclusão de Bourke, um colega de trabalho, Lori Eaton, contatou com Bourke para lamentar-se sobre a natureza sexual da mensagem de *e-mail* de Bourke que Eaton tinha restaurado para propósitos de demonstração durante uma sessão de treino a uma infinidade de empresários. Nissan argumenta que os fatos incontroversos anteriores relativamente à querela ainda que tivesse ciência que as mensagens de *e-mail* poderiam de fato ser lidas sem o conhecimento do autor ou consentimento, como uma matéria de direito que as partes não têm objetivamente razoável expectativa de privacidade em todas as mensagens. Em contraposição a esta conclusão, as partes sustentam que eles têm uma tal expectativa porque ganharam senhas para acessar o sistema de computador e informaram a proteção de suas senhas. Enquanto as declarações das partes de que eles acreditavam que suas mensagens de *e-mail* restariam privadas pode ser suficiente, numa moção para um julgamento sumário, aumenta o fluxo de acordo subjetivo das partes, a questão apresentada para nós é se suas expectativas de privacidade eram objetivamente razoáveis como uma matéria de direito. Nós concordamos com o julgamento que elas não eram. Na falta de uma razoável expectativa de privacidade não pode existir nenhuma violação do direito à privacidade. (Alarcon v. Murphy, supra, 201Cal. App.3d 1,5). Então, querelantes, causadores de ações na *common law*, de invasão de privacidade e violação do direito constitucional à privacidade foram corretamente demitidos em julgamento sumário. Case nº Bo68705- Julho 2003).

proporcionalidade como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

KARL LARENZ, em clássica obra, após assinalar que se alude ao princípio da proporcionalidade para designar *"las limitaciones o desventajas, que alguien tiene que tolerar en un caso concreto, en interés de otro o de la generalidad"* e depois de referir ao *"principio de que la intervención e nun bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección otro bien o de un interés de mayor peso"*, arremata:

*"El principio de proporcionalidad suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra. Ello significa, ante todo, que 'los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular'. Con el rasero de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional federal mide, entre otras cosas, la necesidad y la duración de la prisión preventiva.*

*El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia, indudablemente conecta con la idea de 'moderación' y de 'medida justa' en el sentido de equilibrio."(Derecho Justo, Civitas, 1985, p. 144/145.*

Na espécie, a invocação do princípio da proporcionalidade vem a propósito da necessidade de sopesarem-se os múltiplos valores jurídicos em xeque e não apenas o direito do empregado, como qualquer cidadão, à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No caso concreto, de um lado, não há, como ressaltado, identidade de fins entre o correio eletrônico particular e o corporativo, para que se pudesse cogitar de transgressão ao princípio da inviolabilidade da comunicação.

De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão -- valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de *e-mail* corporativo, dada a sua finalidade -- não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o direito do empregador à imagem. Ora, ocioso repisar quão comprometedora e danosa pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da *Internet* e do correio eletrônico da empresa.

Ademais, se se cuida de "*e-mail*" corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à *INTERNET* e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.

Tecidas essas considerações, passo ao exame objetivo do agravo de instrumento do Reclamante.

A insurgência do agravante não merece prosperar.

No caso, o próprio Reclamante, nas razões do recurso de revista, reconhece que o *e-mail* corporativo foi disponibilizado pela Reclamada para ser utilizado "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço". (fl. 636)

Fixada tal premissa, e a exemplo do que já se delineia, como visto, no Direito Comparado, não vislumbro razoável expectativa de privacidade do empregado na utilização de "*e-mail*" corporativo fornecido pela Empresa.

Em meu entender, o *e-mail* corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o Empregador confia ao Empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais.

Penso, por conseguinte, que se o *e-mail* corporativo pertence à Reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o Empregador monitorar a atividade do Empregado, no horário de trabalho.

Bem se compreende que assim seja porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do Empregador exclusivamente para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, sem a proteção do sigilo pessoal de correspondência.

Não colhe o argumento do Reclamante de que a Empresa Agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do *e-mail* corporativo, ao providenciar para o ora Agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico.

Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao *e-mail* corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do Empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens.

Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o *e-mail* corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como

equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas.

Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de *e-mail* corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, no caso, o empregado não tinha razoável expectativa de privacidade, o que se extrai da declaração de que o *e-mail* corporativo destinava-se "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço" (fl. 636).

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art.5º, LVI), por isso que, sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa, meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional.

O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível.

**Nego provimento ao agravo de instrumento do Reclamante.**

**ANEXO C** – Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho de Agravo de  
Instrumento em Recurso de Revista – Proc. nº 613/2000-013 -10-00;

Publicação: DJ - 10/06/2005

## B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

### 1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

### 2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

[...]

## B) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

### 1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

#### 1.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

[...]

### 2. MÉRITO DO RECURSO DE REVISTA

[...]

Brasília, 18 de maio de 2005.

JOÃO ORESTE DALAZEN

Ministro Relator

**NIA: 3896444**

