

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

**O DIREITO À INTIMIDADE E O CONTRATO DE TRABALHO**

CURITIBA  
2003

THAIS LORDELLO TEIXEIRA

## **O DIREITO À INTIMIDADE E O CONTRATO DE TRABALHO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Aldacy Rachid Coutinho

CURITIBA  
2003

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**THAIS LORDELLO TEIXEIRA**

***DIREITO À INTIMIDADE E O CONTRATO DE TRABALHO***

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:



Prof.<sup>a</sup> Alday Rachid Coutinho  
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Wilson Ramos Filho  
Departamento de Direito Privado, UFPR



Prof. Célio Waldraff  
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 10 novembro de 2003.

“Esperamos demais para fazer o que precisa ser feito num mundo que só nos dá um  
dia de cada vez, sem garantia do amanhã”  
Henry Sobel

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	3
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	4
2.2. CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	8
2.3. CONCEITUAÇÃO .....	9
2.4. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	10
<b>3. DO DIREITO À INTIMIDADE</b> .....	13
3.1. O DIREITO À INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL .....	13
3.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTIMIDADE .....	14
3.3. CONCEITO DE DIREITO À INTIMIDADE .....	17
3.4. ABRANGÊNCIA DO DIREITO À INTIMIDADE .....	19
3.5. POSITIVAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE .....	21
3.5.1. Legislação pátria .....	21
3.5.2. Instrumentos de direito internacional .....	21
<b>4. DA RELAÇÃO LABORAL E DO RESPEITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO EMPREGADO</b> .....	24
4.1. RELAÇÃO DE TRABALHO .....	24
4.1.1. Breve histórico .....	24
4.1.2. O contrato de emprego e sua conceituação .....	26
4.1.3. Objeto do contrato de emprego .....	27
4.2. APLICAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE NA RELAÇÃO LABORAL .....	28
4.2.1. Direito à intimidade do empregado versus direito de propriedade do empregador .....	29
4.2.2. A subordinação jurídica no contrato de emprego e os poderes de direção e controle da prestação de trabalho pelo empregador .....	30
4.3. O RESPEITO À INTIMIDADE DURANTE A FASE PRÉ-CONTRATUAL .....	32
4.3.1. Noções preliminares .....	32
4.3.2. Métodos de seleção de pessoal e os limites da investigação .....	33
4.3.3. Destruição dos dados dos candidatos não selecionados .....	37
4.4. O CONTROLE DA ATUAÇÃO LABORAL .....	39
4.4.1. Revistas pessoais .....	39
4.4.2. Instrumentos visuais .....	42
4.4.3. Verificação do computador .....	43
4.4.4. O controle da atividade do teletrabalhador .....	45
4.4.5. O assédio moral e sexual .....	46
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	48
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	50

## RESUMO

O presente trabalho visa abordar a problemática existente no confronto entre a subordinação jurídica e, com ela o poder diretivo e fiscalizador do empregador, face ao direito fundamental à intimidade e a vida privada do empregado. Procurar-se-á traçar os parâmetros de incidência do controle patronal, bem como seus limites, separando aquilo que é inerente ao contrato de emprego daquilo que, apenas e tão-somente se refere à esfera íntima e privada do trabalhador, em todas as fases da relação laboral, desde a seleção de pessoal até sua dispensa. Para tanto, parte-se do entendimento, tanto do contrato de trabalho, seu conceito e objeto, quanto do direito à intimidade e da vida privada como um direito fundamental da pessoa humana, tratando de sua abrangência, significância e incidência como tal naquela contratação.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República consagra a inviolabilidade da intimidade e da vida privada como um direito fundamental do homem, inerente a ele, irrenunciável, inalienável, oponível *erga omnis*, indisponível.

Nesta esteira, o presente trabalho tem por meta traçar as linhas gerais da evolução e consagração do direito à inviolabilidade da intimidade e a vida privada do empregado como cidadão e, portanto, titular de direitos inerentes a ele que preexistem ao estabelecimento de uma relação de emprego, bem como subsistem a ela.

Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, o entendimento acerca dos direitos fundamentais do homem, seu surgimento, suas origens, sua evolução até estabelecerem-se definitivamente nos Tratados e Convenções internacionais que inspiraram os ordenamentos constitucionais dos Estados nos séculos XIX e XX.

Garantidos na Constituição da República brasileira, os direitos fundamentais possuem características próprias que lhes fortalecem seu valor protetivo e garantidor.

Buscar-se-á, ademais, demonstrar o caminho histórico percorrido pela intimidade, desde sua origem até a sua consagração como um direito da personalidade, bem como estabelecer as diferenças que o separam das noções de imagem, honra e segredo.

Para um melhor entendimento da incidência do direito à intimidade no contrato de trabalho e da problemática gerada pelo desrespeito àquele, percorrer-se-á a evolução das relações de trabalho através da história da humanidade, passando, pela escravidão, servidão, ausência total de proteções legais para os trabalhadores até a consagração do Direito do Trabalho e dos direitos e deveres dos empregados e empregadores.

O Direito do Trabalho traz a barca diversos institutos ao campo do trabalho protegido, qual seja o trabalho subordinado, tais como o contrato de trabalho. Este se constitui o elemento chave da subordinação jurídica do empregado ao empregador, da qual decorrerá o direito deste de fiscalizar, dirigir, vigiar e controlar a prestação de trabalho executada pelo empregado.

As ofensas e invasões a esfera íntima do trabalhador apresentam-se em decorrência destes poderes patronais, pois o empregador acha-se no direito de, em razão destes, executar todo tipo de conduta que considerar necessária para controlar, tanto a prestação de trabalho como, inclusive, a própria pessoa do trabalhador.

Aos poderes patronais, bem como ao seu exercício, todavia, impõem-se limites, como o respeito aos direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa do trabalhador que resguardem sua dignidade. A linha que delimita a fronteira entre o exercício legal pelo empregador de seus direitos fundamentais e a invasão ilícita nos direitos, também fundamentais, do empregado, todavia, é de veras tênue. O empregador é o proprietário do estabelecimento da empresa, dos bens de produção, podendo exercer sobre eles tutela de proteção do seu patrimônio. O empregado, por outro lado, é contratado para prestar serviço ao empregador, não perdendo seus direitos como cidadão e pessoa humana que preexistem à relação laboral e impõe-se em face desse.

Assim, realizar-se-á uma análise de situações comuns de colisão entre estes direitos na relação laboral, bem como elencar as melhores soluções e posicionamentos referentes à questão.

Mister se faz, essencialmente, retratar a relevância do direito à intimidade como um direito constitucional, individual e fundamental dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País, bem como sua significância, efetividade e aplicabilidade nas relações sociais, especificadamente de trabalho, ponderando-se soluções para os conflitos entre este direito do empregado e outros, também fundamentais, inerentes aos empregadores.



## 2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento e a construção dos direitos fundamentais não ocorreram pelo evento de uma Declaração ou Código; tampouco foi fruto da percepção de um homem singularmente considerado, ou emanou com o desenvolvimento de uma linha de pensamento ou ideologia. Foi, sim, uma conquista da História, uma fusão dos pensamentos filosóficos, ideológicos, políticos e religiosos construídos ao longo dos séculos pelos mais diversos povos, tenham sido eles construtores e garantidores de direitos ou, autoritários e repressores, levando a sociedade ao levante, constatação e insurgências acerca das injustiças existentes.

Consoante afirmação de Fábio Konder COMPARATO, a construção e extensão dos direitos fundamentais à Humanidade constituem a parte mais bela e importante da História humana: “a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza.”<sup>1</sup>

Os direitos garantidos são para todos os seres humanos, contudo a terminologia utilizada para referir-se a eles é a mais vasta e diversa possível, consoante a preferência e entendimento de cada autor, bem como o momento histórico em que se apresentam, tais como: a) direitos individuais, referindo-se aos direitos do indivíduo isoladamente considerado; b) direitos humanos, consagrada como a terminologia preferida pelos documentos internacionais; c) direitos do homem, qual seja uma derivação de termo direitos humanos; d) direitos naturais, que seriam os direitos inerentes à natureza do homem; e) direitos públicos subjetivos, conceituados assim técnica e juridicamente pelo Estado Liberal, inspirado na concepção individualista; f) liberdades fundamentais e liberdades públicas, primeira determinação acerca dos direitos fundamentais, datada do século XVIII, porém, hoje, apresenta-se insuficiente e demais restrita, uma vez que se refere apenas a algumas liberdades do indivíduo perante o Estado; ou, ainda, g) direitos fundamentais do homem, que seriam aqueles direitos fundamentais com uma carga de igualdade – homem – referindo ser direitos de toda espécie humana, igualmente

---

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

considerados. J.J. Gomes CANOTILHO explica as diferentes denominações afirmando que os direitos do homem são “validos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”<sup>2</sup>.

Dentre o leque de terminologias, direitos fundamentais do homem apresenta-se como a melhor, pois é a mais abrangente e auto-explicativa de todas, sendo, portanto, adotada pelo presente estudo. Ainda que esta denominação não se preste a afastar a pertinência da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, traz aos direitos humanos de matriz internacional o reconhecimento de que estes também relevam a proteção de certos valores e reivindicações essenciais a todos os seres humanos, possuindo, portanto, caráter de fundamentalidade em sentido material, comum aos direitos fundamentais constitucionais.

## 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem no mundo, até o seu alcance atual, deu-se de maneira lenta e gradual, passando por diversas fases de evolução, conhecidas como gerações<sup>3</sup> de direitos fundamentais, pois foram construídas em diferentes momentos históricos.

É pacífica a concepção de que os direitos fundamentais não surgiram durante a Antiguidade. Os fundamentos e conceitos essenciais dos pensamentos filosóficos e religiosos florescidos no mundo antigo, especialmente na Grécia Antiga

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J.G. “Direito Constitucional”. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1996 apud SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e a vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 42.

<sup>3</sup> Os autores falam em gerações, dimensões ou, ainda, gestações de direitos fundamentais do homem. Sem embargo, esta divisão serve, apenas e tão somente, para dividir e classificar o conjunto desses direitos temporalmente, consoante o momento histórico de suas percepções pelo homem, bem como de suas positivações. Referidas gerações, ou também chamadas de dimensões ou gestações de direitos fundamentais, representam a conquista pela humanidade de três espécies de direitos fundamentais, amparada nos ideais divulgados especialmente na Revolução Francesa, resumidos no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, representando cada uma das expressões uma geração de direitos conquistada. Ressalte-se que o termo “geração” não deve ser usado para estabelecer entre os direitos fundamentais qualquer tipo de hierarquia ou alternância desses direitos, conforme lição de SARLET. Mais recentemente aponta-se para a indivisibilidade dos direitos fundamentais.

e Roma, no entanto, constituíram o fundamento basilar sob o qual o pensamento jusnaturalista desenvolveu-se, retirando da filosofia e teologia Greco-romanas suas idéias-chaves para a construção da noção de que o ser humano, apenas por assim sê-lo, seria titular de certos direitos naturais a ele inerentes e inalienáveis.

Posto que o pensamento antigo contribuiu para a fundação das bases da ascensão dos direitos fundamentais, durante a Idade Média predominava o Estado ilimitado frente ao qual o indivíduo era totalmente desprotegido; as liberdades públicas entendidas como são hoje, isto é, como garantias do cidadão frente ao Estado, ainda não eram conhecidas. Sequer havia, ademais, a separação entre o indivíduo e o todo formado pela sociedade que o envolvia<sup>4</sup>.

O pensamento cristão largamente embreado na vida e no pensamento medieval, por outro lado, foi de grande contribuição para a gradual mudança deste panorama, uma vez que difundia a crença de que “cada homem foi criado a imagem e semelhança de Deus”.

Ao longo dos séculos seguintes, o Rei foi aos poucos concedendo certos direitos e liberdades a certos estamentos sociais em troca da manutenção e do fortalecimento do poder monárquico. A mais célebre e pioneira das concessões que representou um efetivo e positivado enfraquecimento do poder régio, foi àquela imposta pela nobreza inglesa ao Rei João, conhecido como João Sem-Terra, em 1215, qual seja a *Magna Carta Libertatum*.

As grandes fontes da estruturação das liberdades públicas, entretanto, foram, verdadeiramente, o pensamento Iluminista do século XVIII e a independência das colônias da América, movimentos estes pregadores de uma sociedade igualitária com a redução das ações estatais, limitadas pelo asseguramento ao indivíduo, o qual seria o centro de emanção dos direitos, de uma liberdade individual.

Após a Revolução Francesa de 1779, estes direitos ganharam verdadeira substância e garantia com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que se consagrou como uma junção dos ideais jusnaturalistas com o positivismo. Esta Declaração universalizou os direitos fundamentais

---

<sup>4</sup> BASTOS, C. R. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. p. 166.

consagrando sua verdadeira materialização, consoante explicação do Mestre Paulo BONAVIDES:

As declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade<sup>5</sup>.

Este, portanto, foi o momento histórico do aparecimento dos chamados direitos fundamentais de primeira geração, que encerraram os postulados dos cidadãos em face da atuação do poder público, buscando controlar e limitar os desmandos do governante, através de uma imposição de não-fazer ao Estado, em proveito do respeito às liberdades básicas individuais da pessoa humana. São eles o direito à vida, segurança, à igualdade de todos perante a lei, o direito de propriedade e o direito de ir e vir.

Face as mudanças desencadeadas no século XVIII, o mundo passou por diversas transformações em suas estruturas políticas, econômicas, jurídicas e sociais.

No campo do direito, especialmente o civil, sua estruturação deu-se sob forte inspiração das leis e instituições burguesas, dando origem a um ordenamento jurídico essencialmente patrimonialista, patriarcal baseado no contrato como a grande espécie para sua realização e trânsito patrimonial.

O advento do Estado não-intervencionista e o impacto da forte industrialização do século XIX acabaram por implicar uma profunda cisão social, com desníveis sociais cada vez maiores e conseqüentes graves dificuldades econômicas. Os anseios populares, assim, levantaram-se em favor de movimentos reivindicatórios por uma igualdade concreta, real e efetiva e não apenas formal, bem como a atuação positiva do Estado no sentido de promover e realizar a justiça social.

Surgiram os ideais comunistas e socialistas, personalizados na figura de Karl Marx, que semeavam a idéia de igualdade social e econômica, a qual implantar-se-ia com a abolição da propriedade privada dos bens de produção. Havia, em

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, P. "Curso de direito Constitucional" 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996 apud SIMÓN, op. cit., p. 44-45.

contrapartida, aqueles que acreditavam que esta igualdade material dar-se-ia com a incorporação ao ordenamento jurídico de regras e princípios que, embora preservasse a propriedade privada dos bens de produção, propiciasse o equilíbrio das forças sociais.

Emergem, assim, os direitos fundamentais de segunda geração, que se caracterizam pela sua dimensão positiva, pois referidos direitos não mais se dirigiam a evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim a participação do indivíduo no bem-estar social<sup>6</sup>.

São direitos de caráter econômico e social, as chamadas liberdades sociais: direitos não mais considerados individualmente, e sim a toda a sociedade, garantindo-lhe melhores condições de vida. São os direitos à saúde, educação, moradia, trabalho, lazer e os trabalhistas, ressaltando-se, ademais, a vinculação direta dos direitos desta geração com as condições de trabalho impostas a população pelo avanço desenfreado do capitalismo. As novas relações de trabalho careciam de regulamentação e garantias estatais, como o direito a um salário mínimo digno, a limitação das intermináveis horas de trabalho, a previdência inexistente, seguro social, férias remuneradas etc.

Uma terceira fase histórica de direitos reivindicados pelo homem como dele fundamentais, apresentou-se ademais. Esta geração respeita-se ao elemento “fraternidade” aclamado em 1779 no movimento revolucionário francês.

A teoria dos direitos fundamentais guarda estrita conexão com o desenvolvimento e evolução em todos os campos do conhecimento humano, trazendo, portanto, inevitavelmente, problemas jurídicos, econômicos, sociais e ambientais nunca antes imaginados ou sofridos nos séculos passados. É preciso proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade modernamente organizada, densamente industrializada e urbanizada, que já enfrentara duas grandes guerras, bem como custosos processos de descolonizações que surtiram profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais da terceira geração possuem um diferencial em face aos anteriores, pois agora seu núcleo de emanção deixa de ser o homem-indivíduo para ser os grupos humanos (família, nação, povo); são direitos de

---

<sup>6</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 51.

titularidade coletiva ou difusa. Paulo BONAVIDES<sup>7</sup>, citado por Fábio Konder COMPARATO<sup>8</sup>, coloca como principais direitos desta geração o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Pode-se citar, ainda, os direitos dos consumidores e outros direitos especialmente relacionados a certos grupos de pessoas especialmente vulneráveis, como a criança, o adolescente, o idoso, o deficiente físico, etc.

É possível compreender, desse modo, porque os direitos da terceira geração são comumente conhecidos por direitos de solidariedade e fraternidade, porquanto seu âmbito de aplicação tem um caráter universal, transindividual, demandando, não raro, esforços e responsabilidades em escala mundial para sua efetividade.

Ainda dentro da perspectiva dimensional dos direitos fundamentais considera-se a existência e desenvolvimento de uma quarta geração destes direitos, decorrente da atual globalização dos mesmos, tais como a democracia, o direito à informação e ao pluralismo. Posiciona-se neste entendimento Paulo BONAVIDES, afirmando ser esta nova dimensão de direitos decorrente da última fase da institucionalização do Estado Social que atravessa a comunidade mundial, com a universalização no plano institucional<sup>9</sup>.

## 2.2. CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou a proteção constitucional aos direitos fundamentais com o advento da Carta Política de 1988. Ainda que primordial, a simples previsão de normas que garantam estes direitos não é suficiente. Face a sua relevância e especial importância, os direitos fundamentais vislumbram, ainda, certas características que fortalecem seu caráter protetivo e garantidor do cumprimento dos princípios fundamentais consagrados na Constituição da República brasileira.

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 523.

<sup>8</sup> COMPARATO, op. cit., p. 53.

<sup>9</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 55.

Esta matéria emergiu das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem.

Dentre as características, ressalta-se que estes direitos são inatos, inerentes a todo ser humano, ou seja, pré-existem mesmo ao nascimento da pessoa (como os direitos que goza o feto ainda no útero materno) que os carrega durante toda a vida e, até, após a sua morte (como, por exemplo, a inviolabilidade do cadáver).

Possuem, ainda, um caráter histórico como qualquer outro direito o possui, surgem, desenvolvem-se no tempo e desaparecem.

São direitos inalienáveis, haja vista seu conteúdo não econômico-patrimonial, revelando-se, dessa forma, intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis.

Ainda que alguns deles possam não ser exercidos, os direitos fundamentais, todos eles, por óbvio, são irrenunciáveis, ou seja, não há possibilidade de a eles se renunciar, ao contrário dos direitos subjetivos que podem ser renunciados ou transferidos.

Os direitos fundamentais podem ser exercidos ou defendidos (mesmo judicialmente) pelo seu titular a qualquer tempo: são imprescritíveis, não desaparecem com o decurso do tempo. Ademais, seu titular pode opô-los contra tudo e contra todos (demais indivíduos, Estado, entidades associativas, instituições, etc), isto é, são direitos oponíveis *erga omnes*.

### 2.3. CONCEITUAÇÃO

Os autores apresentam conceitos os mais diversos possíveis, todavia de significações pouco divergentes entre si.

Guilherme Braga Peña de MORAES reza ser direito fundamental um “direito ou posição jurídica subjetiva asseguradora de uma esfera de ação própria e livre, impondo abstinência ou limitação à atividade estatal ou privada, ou determinante da possibilidade, decorrente de sua titularidade, de exigir prestações positivas do Estado”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> MORAES, G. B. P. de. **Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTr, p. 24

O autor Pérez LUÑO, usando a expressão *derechos humanos*, conceitua direitos fundamentais com a necessária abrangência que o termo demanda afirmando ser o “conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional internacional”<sup>11</sup>.

Caso os direitos fundamentais não possuíssem força para garantir os seus cumprimentos e dar-lhes eficácia, de nada adiantaria sua previsão legal, formal. Dessa forma José Afonso da SILVA afirma ser *direitos fundamentais do homem* “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”<sup>12</sup>.

Os direitos fundamentais possuem natureza jurídica de normas positivas constitucionais, uma vez inseridas no corpo do texto Constitucional de 1988, em seu Título II, decorrente diretamente do Estado democrático de direito e da soberania do povo. “Constitucionalmente, os direitos fundamentais têm uma função democrática; por sua vez, o Estado de direito democrático pressupõe e garante os direitos fundamentais”<sup>13</sup>.

## 2.4. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A delimitação da eficácia dos direitos fundamentais depende, quase que exclusivamente, do enunciado contido no texto Constitucional, guardando correlação direta com o direito positivo.

A partir do final do século XVIII os textos constitucionais abarcavam os direitos da pessoa/indivíduo, com o intuito de protegê-los em face das ingerências do Estado<sup>14</sup>. Em sua origem, portanto, referidos direitos (direitos dos cidadãos contra a onipotência do Estado) possuíam uma aplicação dita vertical, de baixo para cima,

<sup>11</sup> LUÑO, P. “Delimitación conceptual de los derechos humanos” In: LUNO, P. et al... “Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema” apud SILVA, J. A. de. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 177.

<sup>12</sup> SILVA, op. cit., p. 178.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 99.

<sup>14</sup> PACHÉS, F. de V. **El Derecho del trabajador al respeto de su intimidad**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998, p.32.



do cidadão frente à onipotência do Estado, não se cogitando uma eficácia nas relações entre particulares.

Com a passagem do Estado liberal individualista para o Estado Social de Direito, ocorrem diversas transformações nas estruturas sociais e econômicas, que acarretam o aparecimento de novos centros privados de emanção de poder, concomitantes com o Estado, os quais também assediavam o indivíduo, pugnando, dessa forma, pela extensão da incidência dos direitos fundamentais ao seio das relações privadas.

*En este contexto histórico surge a tesis de la Drittwirkung der Grundrechte, elaborada por Hans Carl Nipperdey y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana, según la cual los derechos fundamentales afectan no sólo a las relaciones de subordinación (Estado-ciudadanos), sino también a las relaciones de coordinación surgidas entre los particulares. De esta forma los derechos fundamentales pasan a desarrollar una eficacia ante terceros o eficacia horizontal (Horizontalwirkung)<sup>15</sup>.*

Os tribunais alemães inicialmente acolheram esta tese na qual os direitos fundamentais regem e são aplicados diretamente nas relações privadas. Aparece, portanto, uma eficácia mediata, além da imediata dos direitos individuais dos cidadãos frente ao Estado, impondo a suscetibilidade dos direitos de eficácia mediata de se submeterem ao judiciário para fazê-los valer.

Isto posto, conclui-se que a eficácia dos direitos fundamentais abrange tanto as relações dos indivíduos com o Estado, como as relações entre particulares.

No Brasil, a Constituição Federal definiu que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF/88). Evidencia-se, aqui, o intuito do legislador de garantir que estes direitos tão importantes, isto é, fundamentais ao ser humano, não acabem por se transformar em letra morta na Constituição, mas sim ganhem efetividade como tais.

Esta previsão, porém, não soluciona todas as questões, uma vez que a própria Constituição “faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais”<sup>16</sup>. Afirma-se, em resumo, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais democráticos e individuais possuem eficácia contida e aplicabilidade imediata; em

---

<sup>15</sup> PACHES, op. cit., p. 32.

<sup>16</sup> SILVA, op. cit., p. 178.

contrapartida, as normas definidoras de direitos e garantias econômicas e sociais tendem a ter a mesma sorte daquelas, porém, especialmente as normas constitucionais que fazem menção a uma lei integradora, possuem eficácia limitada, princípios programáticos e de aplicabilidade indireta.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO fala de normas constitucionais “auto-executáveis” ou “bastantes em si”, e normas “não-executáveis” ou “não bastantes em si”<sup>17</sup>. Aquelas seriam as suscetíveis de aplicação imediata, pois são completas em si, dispensando regulamentação complementar, fornecendo uma regra, mediante a qual, pode-se fruir e resguardar o direito outorgado, executar o direito imposto; por outro lado, as normas “não-executáveis” são inaplicáveis em virtude de sua falta de regulamentação, ou seja, ela tão-somente indica princípios, não trazendo os meios de ação inerentes ao seu exercício, qual seja o exercício dos direitos e garantias que impõem. No entendimento do autor, existem, na Constituição, mesmo dentro das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais, regras de eficácia imediata e regras de eficácia mediata, sendo do primeiro tipo, somente, aquelas normas que se apresentem completas, “auto-executáveis”, nos moldes retro expostos.

Ao seu turno, INGO WOLFGANG SARLET afirma que “no que concerne aos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de princípio geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto”; e prossegue: “Negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> FERREIRA FILHO, M. G. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 268-269.

<sup>18</sup> SARLET, op, cit., p. 250-251.

### 3. DO DIREITO À INTIMIDADE

#### 3.1. O DIREITO À INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL

O artigo 5º da Constituição destina-se a elencar os direitos e deveres fundamentais individuais e coletivos por ela resguardados.

Referido artigo consagra, em seu inciso X, o direito individual à intimidade expressando que “são direitos invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Note-se que estes direitos foram consagrados em texto constitucional brasileiro pela primeira vez Constituição da República de 1988, não aparecendo no seio das Constituições anteriores.

Ademais, ainda que o legislador constitucional tenha elegido o direito a intimidade e vida privada como um direito individual, não o fez no *caput* do artigo, levando ao entendimento, assim, de que este direito é conexo ao direito à vida e relativo a liberdade, contrapondo-se aos direitos sociais. Todavia, a ele é atribuída a natureza jurídica de direito fundamental de defesa, direito subjetivo da pessoa e, a ela, inerente. Muitos autores divergem dessa posição alegando não poder existir um “direito sobre a pessoa”, pois esta seria titular e destinatário ao mesmo tempo; entretanto, tal posicionamento é rebatido com o argumento de que é um direito subjetivo que implica a emanção do poder de vontade do indivíduo e, ao mesmo tempo, um dever de ser este direito respeitado por terceiros<sup>19</sup>.

Os direitos fundamentais costumeiramente são classificados pelos autores em: direitos individuais (art. 5º), direitos coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.), direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (arts. 14 a 17). Interessa a este estudo somente os primeiros, eis que entre os direitos individuais fundamentais do homem encontra-se o direito à intimidade e à vida privada.

No Direito Constitucional brasileiro, a classificação adotada é aquela que separa os direitos consoantes seus conteúdos, referindo-se a natureza do bem protegido, bem como ao objeto tutelado.

---

<sup>19</sup> BARROS, A. M. de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 32.

Direitos individuais, de acordo com lição de José Afonso da SILVA, chamados, também de direitos do homem-indivíduo, “são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”<sup>20</sup>.

Consoante disposição constitucional, os direitos resguardados em seu artigo 5º destinam-se aos “brasileiros e estrangeiros residentes no País”. A interpretação a ser dada a referido dispositivo, todavia, deve ser a mais extensiva e ampla possível, alcançando não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas, no que tange a alguns direitos cabíveis a elas, e também os estrangeiros não residentes, mas que estejam no Brasil, seja a trabalho ou passeio, conforme a posição reformada de Pontes de MIRANDA e de Manoel Golçalves FERREIRA FILHO<sup>21</sup>.

### 3.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTIMIDADE

A consagração do direito à intimidade foi uma construção e evolução históricas, tanto dos direitos fundamentais, como da sociedade humana como um todo. Novas tecnologias, novas formas de relacionamentos, contratações, empregos, priorização do capital em detrimento do pessoal, enfim, tudo levou a percepção da necessidade de se resguardar novas esferas do indivíduo que começavam a sofrer ofensas e ingerências externas cada vez maiores, mais devassas e mais freqüentes, direcionadas à vida íntima das pessoas.

Neste contexto, o aparecimento destes direitos deu-se mais tardiamente que outros direitos fundamentais do homem, como o da liberdade. Ainda que nascidos tardiamente, porém, possuem o mesmo patamar de todos os demais, tanto anteriores, quanto posteriores.

Não se encontram antes do final do século XIX registros de uma expressa construção jurídica acerca do direito à intimidade, bem como à vida privada do indivíduo.

Na antiguidade, sobretudo na clássica, a democracia grega enxergava o homem, na sua essência, como um ser político (*zoon politikón*), sendo a participação

---

<sup>20</sup> SILVA, op. cit., p. 181.

<sup>21</sup> Ibid., p. 188-189.

de todos os cidadãos nas esferas públicas, fundamento da democracia grega, crucial para a eliminação da separação entre a vida privada e pública do cidadão ateniense, ao qual era vedada a descrição de sua intimidade pessoal.

Por outro lado, na Roma Antiga começou-se a delimitar os primeiros indícios para a construção futura da proteção de um direito à intimidade e vida privada. Os romanos já delimitavam a existência de um ambiente doméstico, onde prevalecia o ideal de paz na casa, inviolabilidade do domicílio, sagrado e respeitado aos olhos da religião romana, no qual nenhum terceiro poderia intervir; referida percepção alcançava, ademais, à correspondência e à liberdade religiosa (consagrada pelo Edito de Milão em 313, d.c.). Note-se, ainda, que, muito embora a própria origem do termo intimidade (*intimus*) provenha da língua latina, as proteções por eles asseguradas não se davam sob a égide da dignidade humana, uma vez que, aos romanos, os direitos fundamentais eram desconhecidos.

Na Idade Média, a garantia à inviolabilidade domiciliar aparece em diversos textos jurídicos, dentre eles uma sentença de 1348, na qual se resguardava o direito de isolamento, privilégio das mais altas esferas da nobreza ou daqueles que por livre vontade ou por necessidade renunciavam ao convívio comunitário, como os monges ou prisioneiros. Importante ressaltar, ainda, a contribuição do Cristianismo para a incorporação da intimidade no acervo cultural da sociedade, especialmente pelas idéias Agostinianas que, no futuro, influenciariam os pensadores modernos, tal como Descartes, Kant e Martinho Lutero.

A efetiva discussão acerca da existência de um direito à intimidade deu-se, no entanto, em 1890 quando foi publicado um artigo de autoria de “*Samuel D. Warren*” e “*Louis D. Brandeis*”, intitulado “*the right of privacy*”, cujo escopo era a tentativa de conter os ingerentes avanços da imprensa da época na vida e honra das pessoas, bem como ainda fazia referências à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, etc<sup>22</sup>.

Com o advento da modernidade, do desenvolvimento industrial, tecnológico, social e estrutural do Estado e, especialmente, após a divulgação do artigo retro citado, o direito à intimidade sofreu uma profunda transformação, desligando-se de sua então concepção essencialmente privatista, liberalista, para

---

<sup>22</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 21.

emoldurar-se na perspectiva civilista, isto é, como bem ou direito da personalidade. Velázquez BAUTISTA, citado por Alice Monteiro de BARROS, explica que a intimidade deixou de ser considerado “um bem, cuja titularidade correspondia ao pleno domínio do sujeito como se fosse um móvel ou imóvel”<sup>23</sup>, para integrar o patrimônio da personalidade do indivíduo. Note-se, porém, que, ainda que a violação de referido direito possa ensejar o pagamento de indenização material, o direito à intimidade encontra seu fundamento no direito individual à liberdade.

GARRIDO FALLA, citado por José RODRÍGUEZ, alude que:

*(...) la generalización del derecho a la intimidad se halla ligada a las ideologías burguesas. (...) La intimidad se configura como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido un privilegio de unos pocos, lo cual explica el marcado matriz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente*<sup>24</sup>.

Dessa maneira, o direito à intimidade evoluiu e foi sendo construído e consolidado nos mais diversos países.

Nos Estados Unidos da América, consagrou-se, aos poucos como o direito de ser deixado só (*the right to be let alone*).

Na França o principal fato foi o reconhecimento, pelo Tribunal de Siene, da necessidade do resguardo de uma esfera íntima das pessoas, no tocante dos seus sentimentos, em resposta ao famoso caso *Affaire Rachel*, de 1858, desencadeando a edição de uma lei, ainda no século XIX, acerca da liberdade de imprensa e seus limites de atuação e alcance na vida privada alheia. Nas décadas seguintes advieram diversos acontecimentos e decisões, porém sem versarem efetivamente sobre um direito autônomo à intimidade e à vida privada, mas sim apenas sobre prerrogativas de diversos aspectos deste ou daquele direito.

No Estado germânico, os direitos da personalidade, conhecidos como direitos naturais desde o século XVIII, geraram bastantes debates, durante os séculos XIX e XX, acerca da existência de um direito geral da personalidade. O BGB

<sup>23</sup> VELAZQUEZ BAUTISTA, R. **Protección jurídica de Datos Personales Automatizados**; Madrid: Editorial Colex, 1993, p. 40. IN: BARROS, op. cit., p. 22.

<sup>24</sup> GARRIDO FALA. apud RODRIGUEZ, J. L.C. **Honor, intimidad e imagen**. Barcelone: Bosch, 1996, p. 20.

(Códex Civil Alemão) limitava-se apenas a resguardar o direito ao nome como um direito da personalidade, tratando dos direitos não-patrimoniais apenas de forma restrita no referido Código. O Tribunal do Império, em 1908, firmou-se pela existência de um direito natural (e não subjetivo) que proibia a publicação sem consentimento de cartas pessoais; o mesmo Tribunal, também assentou sobre a necessidade do consentimento da família para a publicação da foto de um defunto, bem como, em 1927, proibiu que uma agência de informações publicasse, ainda que vinte anos após o ocorrido, detalhadamente a condenação de um jovem<sup>25</sup>.

Na Itália os debates desenvolveram-se intensamente durante um longo período, chegando-se a acolher a existência de um direito a reserva, todavia o termo “*diritto alla riservatezza*, por RAVÀ, em seu livro *Istituzioni di Diritto Privato*”<sup>26</sup>, só apareceu em meados dos anos 30. FERRARA, consoante cita SAMPAIO, em 1937 “contribuiu para deslocar a ênfase do direito à imagem para um sentido mais amplo de ‘intimidade’”<sup>27</sup>.

Até os anos 50 do século passado, todavia, o direito à intimidade e à vida privada era deixado de lado pela grande massa de juristas. O fato mais relevância para o impulsionamento e desenvolvimento doutrinário e legislativo acerca da matéria, no entanto, foi o seu reconhecimento pela Declaração Universal de Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, adotada pela Assembléia das Nações Unidas .

“O direito à intimidade e o direito à vida privada, na linha da fértil construção jurisprudencial e doutrinária, ganharão estatura de ‘direitos humanos’, com o processo de sua internacionalização; e de ‘direito fundamental’, com a sua respectiva constitucionalização”<sup>28</sup>

### 3.3. CONCEITO DE DIREITO À INTIMIDADE

O artigo 5º da Constituição Federal consagra o direito à intimidade como um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

---

<sup>25</sup> SAMPAIO, J. A. L. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 77-78.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> SAMPAIO. *op. cit.*, p. 81.

Mister ressaltar que intimidade não deve ser confundida, ademais, com “segredo” nem com “dever de guardar segredo”, pois é possível que se lesione a intimidade de um indivíduo, sem que se quebre um segredo juridicamente protegido e vice-versa. Ao protege-se a intimidade do indivíduo, não se resguarda tão-somente uma esfera secreta e intangível da pessoa, mas sim todo o conjunto de sua personalidade, de suas ações que formam um círculo íntimo, pessoal e familiar.

Também não se confunde intimidade com honra; embora ambas estejam intimamente ligadas, caracterizam-se como direitos da personalidade diversos, “pois as normas sobre a ‘honra’ previnem diante de uma descrição inexata da vida privada, enquanto as normas sobre a ‘intimidade’ proibem qualquer descrição da mesma”<sup>29</sup>.

Distinguem-se, ademais, direito à intimidade e direito à imagem e, neste ponto, a doutrina é bastante divergente. O melhor posicionamento, todavia, é vislumbra-se a diferença existente entre a captação de uma imagem sob o aspecto privado e sua captação sob o aspecto público; tratando-se daquele, não haveria distinção entre os dois e o direito à imagem estaria totalmente absorto pelo direito à intimidade; por outro lado, tratando-se deste, haveriam os dois, intimidade e imagem, ambos assegurados<sup>30</sup>.

Quando da análise do conceito de intimidade, nem mesmo a terminologia é precisa, conforme explica o jurista José Afonso da SILVA, sendo da preferência do autor “usar a expressão direito à ‘privacidade’, num sentido genérico e amplo, de modo a abraçar todas as manifestações da esfera íntima, privada da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”<sup>31</sup>.

O conceito de intimidade pode ser analisado, ainda, por dois prismas diferentes, a saber, o filosófico e o jurídico.

Do ponto de vista filosófico, “a intimidade constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo”<sup>32</sup>. Sob uma visão jurídica – e a utilizada será a civilista – o direito à intimidade pode ser compreendido

---

<sup>29</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 30.

<sup>30</sup> Ibid., p. 31.

<sup>31</sup> SILVA, op. cit., p. 202.

<sup>32</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. **Derecho a intimidad**, apud BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 28.



como o direito de salvaguardar o indivíduo dos olhares e ouvidos alheios, proibindo a divulgação de fatos íntimos obtidos sem o seu consentimento; este direito está baseado, como outrora dito, no direito à liberdade de fazer ou não fazer.

DESANTES afirma ser a intimidade “*aquella zona espiritual del hombre que él considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independiente de lo que sea*”<sup>33</sup>.

Todavia, a definição que parece ser mais completa é aquela apresentada pelo autor espanhol Iglesias CUBRÍA:

*Forma parte de mi intimidad todo lo que puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas. Por consiguiente no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo. Nada más íntimo que mi propio pensamiento, en cuanto que no es cognoscible por los demás – hoy por hoy – si yo no lo revelo. Intimidad son mis deseos, mis apetencias y, en parte, pueden serlo mis necesidades, y hasta la manera de satisfacerlas. (...) los demás no tienen derecho a conocer, ni violar mi intimidad.*<sup>34</sup>

### 3.4. ABRANGÊNCIA DO DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade e vida privada vai muito além da mera esfera íntima da pessoa, do direito de não ser importunado, ou do *the right to be let alone* inglês, alcança a personalidade do indivíduo e as emanções desta, como suas idéias, seu modo de vida, sua opção sexual. Atinge, ademais, as coisas que fazem parte da intimidade do indivíduo, como sua família, seu lar, seus pertences íntimos, etc; a lista segue longa, eis que os estudiosos do tema constantemente a estão atualizando, face a constante e veloz mutabilidade da vida moderna e o progresso tecnológico que impulsionam, cada vez mais, as intromissões na intimidade e na vida privada das pessoas, descobrindo-se novos campos antes não abarcados ou não apercebidos. Novas situações que, a exemplo das já consagradas, são restritas ao seu titular e, portanto, protegidas contra a moléstia de terceiros.

As informações do computador de uso pessoal e restrito, as correspondências eletrônicas (*e-mails*), as fotografias e filmagens não consentidas

<sup>33</sup> DESANTES, J. M. *Intimidade e información, derechos excluyentes*. Pamplona: *Nuestro Tiempo*, 1972 apud RODRIGUEZ, op. cit., p. 40.

<sup>34</sup> IGLESIAS CUBRÍA, M. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo, 1970 apud RODRÍGUEZ, op. cit., p. 40-41.

no seu ambiente privado, e aquelas ilícitas e secretas em ambientes de trabalho, lazer, médico, hotéis, motéis, etc.

À pessoa é garantido o direito de viver sua própria vida, sozinho, longe da publicidade que ela não desejou ou provocou. A intimidade merece a proteção que recebe pois ela é parte essencial da pessoa humana, pois é nela que se forja a personalidade do indivíduo, desenvolve-se a sua humanidade, sendo ele livre para eleger suas próprias normas de conduta, suas convicções, sua ideologia, seus princípios e crenças, sociais, morais, religiosas e políticas<sup>35</sup>. Outrossim, será através de sua intimidade que o homem cria, desenvolve e fortalece sua sensibilidade.

Mediante o conjunto desses fatores as pessoas diferenciam-se uma das outras, separam-se do todo coletivo, impede-se a massificação tão iminente na sociedade contemporânea. A salvaguarda da esfera íntima dos homens possibilita que eles se tornem seres completos, bem formados, resolvidos e saudáveis mentalmente, capazes de fazer parte da sociedade humana e para com ela contribuir com sua produtividade, seja ela de que tipo for.

Amauri Mascaro NASCIMENTO, analisando a defesa da saúde dos trabalhadores e dos valores protegidos a ela agregados, explana que:

Esses valores dizem respeito não só à defesa biológica, além da proteção econômica fundamental para o trabalhador, e que se volta para a indispensabilidade de dotar a sociedade de mecanismos estatais para proteger a sua saúde e integridade física no trabalho, mas, também, à defesa da sua personalidade para cujo fim deve ser cercado de garantias legais mínimas, cuja preservação é necessária para que possa crescer como pessoa digna e participante integral do processo ético-cultural em que devem estar inseridas todas as pessoas, segundo uma perspectiva de concepção do trabalho como valor fundante da democracia e do progresso das civilizações<sup>36</sup>.

Será, todavia, exatamente no momento em que a pessoa sai de sua esfera íntima para ingressar na coletividade que aparecem os problemas referentes às ofensas e ingerências cometidas contra sua privacidade, apresentadas anteriormente.

Isto se dá, sobretudo, no que tange ao estabelecimento de relações de trabalho, especialmente quando confrontam-se o direito ao resguardo da intimidade

---

<sup>35</sup> RODRIGUÉZ, op. cit., p. 42.

<sup>36</sup> NASCIMENTO, A. M. "O novo âmbito do protecionismo no direito do trabalho". **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, ano 66, n.8, , p. 905, 2002.

do empregado, por um lado, ao direito-dever de fiscalização do trabalho, do poder diretivo e disciplinador do empregador, por outro.

### 3.5. POSITIVAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE

#### 3.5.1. Legislação pátria

Em virtude dos crescentes e velozes avanços da tecnologia nos mais diversos campos da vida humana as intromissões alheias na intimidade e na vida privada das pessoas tornaram-se cada vez mais freqüentes e, pode-se dizer até, comuns. Assim, foi preciso elevar esses direitos a um nível constitucional, ainda que já constassem da legislação ordinária.<sup>37</sup>

Quanto à vida privada e à intimidade, estas receberam proteção penal com a previsão no art. 150 do Código Penal brasileiro que previa sansão a violação do domicílio. No mesmo *Códex* eram sancionadas a violação da correspondência (art. 151) e a violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, inciso II); o segredo da correspondência também foi resguardado no Código Civil Brasileiro, artigo § único.

No âmbito constitucional brasileiro, a inviolabilidade da intimidade da vida privada encontra-se consagradas, conforme aludido anteriormente, no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988. Ressalte-se que citados direitos foram consagrados tardiamente pelo texto constitucional brasileiro, haja vista que já eram consagrados no Direito Comparado desde a muito, a exemplo da Constituição de Portugal (1976), da extinta URSS (1977), Espanha (1978), Turquia (1982) e do Reino dos Países Baixos (1983)

#### 3.5.2. Instrumentos de direito internacional

No âmbito dos Tratados e Convenções internacionais, o reconhecimento da necessidade do homem em salvaguardar sua intimidade é relativamente recente.

---

<sup>37</sup> BARROS, *Proteção...* op. cit., p. 26.

A primeira positivação concreta e específica do tema consta da Declaração de Direito e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, de Bogotá (de 30/03 a 02/05 de 1948), na qual reza, em seu artigo 5º, que “toda pessoa tem direito a proteção da Lei contra os ataques abusivos a sua honra, reputação e a sua vida privada e familiar”.

A partir desta, as outras declarações internacionais passaram a abordar o tema do direito à intimidade e vida privada, haja vista a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em Paris, que estabelece no artigo 12º que “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação”. Referida Declaração foi um marco de inspiração para todas as demais que se seguiram, todavia aprofundando-se cada vez mais acerca do tema. Tome-se, a exemplo, a Convenção europeia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades públicas (Roma, 1950), que prega que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência” (art. 8º, 1) e, ainda, “não poderá haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito (...)” (art. 8º, 2); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966), por sua vez, legitima que “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação” (art. 17, 1) e prossegue no item 2 garantindo que “toda pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques”<sup>38</sup>.

Em 1969 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida por *Pacto de San José da Costa Rica*) determinou, em seu artigo 11.2, que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou reputação”.

Embora o desenvolvimento do direito à intimidade e vida privada, no campo das Convenções internacionais, tenha sido bastante expressivo, nem todas as Constituições dos Estados abarcaram esses direitos em seus textos, carecendo

---

<sup>38</sup> PACHÉS, op. cit., p. 59-60.

de uma valoração dos instrumentos internacionais em conjunto com outros valores, como o direito à personalidade garantido pela Constituição Alemã, previstos nas Cartas políticas destes Estados.

## 4. DA RELAÇÃO LABORAL E DO RESPEITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO EMPREGADO

### 4.1. RELAÇÃO DE TRABALHO

#### 4.1.1. Breve histórico

Na Roma Antiga as relações produtivas de trabalho davam-se, basicamente, através de relações de escravidão; o trabalho escravo era a célula produtiva da sociedade e, dessa forma, abarcava quase a totalidade da massa trabalhadora, portanto sem qualquer tipo de “contrato” de trabalho. Os homens livres que exerciam funções laborais estabeleciam uma relação contratual semelhante a uma locação de trabalho (*locatio conductio*), em que se obrigava a, por um certo tempo, prestar um serviço, realizar uma obra mediante uma certa paga. O escravo era considerado como *res*, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista.

Nos séculos que se seguiram, as relações de trabalho tomaram rumos diversos.

Na Idade Média houve o estabelecimento de relações servis, onde os senhores garantiam proteção política e militar aos servos, não livres e presos a terra e ao sistema, os quais tinham dever de trabalhar para este, bem como lhe dar parte de sua produção. Passados os séculos surgem as corporações de ofício e as relações mercantis nos burgos, nas quais, por outro lado, o trabalho era livre, porém ainda precário e carente de estruturação protetiva jurídica.

O direito Moderno acolheu a idéia romana de “locação” do trabalho alheio nas formas da *locatio operarum* e da *locatio operis faciendi*, conhecidas contemporaneamente, como contrato de prestação de serviços e contrato de empreitada, respectivamente.

Até meados do final do século XVIII e início do século XIX, as relações laborativas não apresentavam garantias jurídicas para o empregado. As jornadas de trabalho estendiam-se de sol a sol; crianças, adultos e idosos eram tratados sem nenhum diferencial; os valores percebidos eram irrisórios, variantes, sem delimitação temporal ou até inexistentes; ambientes de trabalho sem nenhuma adequação necessária. Enfim, as relações eram travadas entre as partes, sem a intromissão

estatal o que acarretava, como regra geral, a submissão do empregado à vontade do empregador, pois este se encontrava em situação de hiposuficiência, dependente do trabalho para sua sobrevivência; seja ele como fosse, era melhor que morrer de fome.

As condições degradantes de trabalho, a que estavam submetidos os trabalhadores, percorreram os séculos culminando com a Revolução Industrial responsável pela translocação dos homens do campo, onde já não havia trabalho, para as zonas urbanas para trabalhar nas novas indústrias modernas, em condições de absoluto desamparo estatal e desrespeito aos trabalhadores como seres humanos por parte dos detentores dos meios de produção.

Era preciso limitar, de certa forma, os desmandos e abusos dos empregadores face aos hipossuficientes trabalhadores. A igualdade jurídica formal não refletia a desigualdade real existentes nas relações entre empregado e empregador.

Dessa maneira, o Estado deixa de ser o velho Estado absenteísta para intervir na matéria de relações de trabalho. Surgem, assim, as primeiras normas disciplinadoras de cunho trabalhistas. Concomitantemente ao Estado, a Igreja também se apercebeu da problemática existentes nas relações capital *versus* trabalho, editando diversas encíclicas tratando do tema, iniciando pela *Rerum Novarum* (“coisas novas”) do Papa Leão XIII, em 1891, a qual pregava uma transição para a justiça social<sup>39</sup>.

Após estas transformações surge a fase chamada de constitucionalismo social, em que as normas de proteção referente ao desempenho da atividade laboral, bem como aos trabalhadores aparecem nas Constituições dos Estados ascendendo, portanto, as normas trabalhistas a um novo e importante patamar jurídico-social. Fernando de Vicente PACHÉS conceitua primorosamente a constitucionalidade laboral como:

*conjunto de preceptos constitucionales que establece el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de las relaciones laborales y que, a su vez establece las bases mismas Del Derecho Del Trabajo”; (...) Son derechos propios sólo de los trabajadores considerados éstos en su dimensión individual (derecho al trabajo, al salario, al descanso y vacaciones, formación profesional, a la seguridad e higiene,*

---

<sup>39</sup> MARTINS, S. P. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 9-11.

*etc.) o colectiva (derecho de huelga, negociación colectiva, derecho a la sindicación, etc.)”<sup>40</sup>.*

Após evoluções e regulamentações internacionais sobre o tema, surgiu o Direito do Trabalho que tem como escopo disciplinar as relações de emprego e, juntamente com esta proteção jurídica, apareceram diversos institutos jurídicos, dentre eles o contrato individual de trabalho.

#### 4.1.2. O contrato de emprego e sua conceituação

De acordo com o jurista Arion Sayão ROMITA, os romanos não chegaram a formular um conceito de “prestação de serviço como concessão de uso”, sendo que apenas agrupavam as relações referentes a trabalho humano dentro do molde da *locatio conductio*, sendo as demais divisões (não atribuídas aos romanos) em *locatio rei*, *locatio operarum* e *locatio operis faciendi*, uma construção dos pandectistas alemães<sup>41</sup>.

Consoante alusão de Orlando GOMES e Elson GOTTSCHALK, o trabalho humano pode ser objeto dos mais diversos tipos de contratos de trabalho o que dificulta uma conceituação do tema; para que se possa chegar a uma distinção desta espécie contratual é necessário isolar os elementos que o caracterizam<sup>42</sup>.

Destarte, um dos elementos mais importantes do contrato de trabalho é a subordinação ou estado de dependência. Assim, GOMES e GOTTSCHALK apresentam a seguinte definição: “contrato de trabalho é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob direção de empregador”<sup>43</sup>. Esta definição contém os elementos da pluralidade dos sujeitos passivos da relação, a personalidade, onerosidade, continuidade e a subordinação jurídica ou hierárquica. Ressalte-se que este último elemento, qual seja a subordinação jurídica, é o elemento que interessa especialmente a este estudo.

<sup>40</sup> PACHÉS, op. cit., p. 36.

<sup>41</sup> ROMITA, A. S. **Denominação, natureza jurídica e conceito do contrato de trabalho**, In: MAGANO, O. ... et al. **Curso de direito do trabalho: homenagem a Mozart Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 179.

<sup>42</sup> GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 117.

<sup>43</sup> GOMES; GOTTSCHALK, op. cit., p. 118.



A subordinação jurídica é, aliás, o elemento caracterizador do contrato de trabalho objeto do Direito do Trabalho, uma vez que este não trata de qualquer relação de trabalho, mas sim apenas daqueles pactos entre o empregado e o empregador, isto é, do trabalho subordinado. Dessa maneira, os autores acordam que o termo mais adequado para se referir a este tipo de trabalho seja contrato de emprego e não contrato de trabalho. Em face de sua utilização na práxis e na própria Consolidação das Leis do Trabalho, o termo costumeiramente utilizado é, entretanto, contrato de trabalho<sup>44</sup>.

A análise da subordinação jurídica pode ser dar, ademais, por dois aspectos distintos: o ativo, caracterizado pelo poder de comando do empregador; e o aspecto passivo, que corresponderia ao “dever específico do empregado de obedecer”<sup>45</sup>. Outrossim, quando o aspecto passivo da subordinação é infringido pelo empregado, dá ensejo ao poder disciplinar ao empregador, que será explicado adiante.

É pertinente a colocação de que ainda que o contrato de emprego seja *intuitu personae* quanto à pessoa do empregado, isto se deve ao caráter fiduciário que é próprio deste contrato. Não significa, portanto, que se estabelece um vínculo de natureza pessoal do empregado, pois se assim o fosse, acarretaria a presunção de um estado de poder do empregador sobre a pessoa do empregado. Nas palavras do jurista Délio MARANHÃO: “o trabalhador é livre, e esta liberdade nunca é demais acentuar. (...) No contrato de trabalho, como em qualquer outro do direito privado, as partes são juridicamente iguais”, .

#### 4.1.3. Objeto do contrato de emprego

Maurício Godinho DELGADO alude acerca deste tema explicando que “o objeto do contrato de emprego consubstancia-se em uma prestação de fazer, qualificada por um trabalho pessoalmente concretizado”; note-se que o conteúdo da prestação laboral é relativamente indeterminado podendo se constituir em “qualquer

---

<sup>44</sup> ROMITA, op. cit., p. 190.

<sup>45</sup> GOMES; GOTTSCHALK, op. cit., p. 130.

prestação de fazer, desde que realizada de modo subordinado, não eventual e pessoal”<sup>46</sup>.

Mister ressaltar - e este ponto é crucial ao presente estudo – que o empregado, sua pessoa física, não é objeto do contrato de trabalho, ainda que este tenha por característica a pessoalidade, esta diz respeito a necessidade de que a pessoa que cumpre as funções, o trabalho, seja a mesma que fora contratada para o emprego, não podendo este ser desenvolvido por outrem.

Não se confunde o objeto do contrato de trabalho com o objeto da obrigação descrita pelo contrato. O objeto do contrato de trabalho, assim como dos demais contratos, no geral, é uma obrigação; ao seu turno, o objeto da obrigação do contrato de trabalho será uma prestação de fazer (*facere*), de prestar trabalho por parte do empregado, enquanto o empregador tem a obrigação de retribuir-lhe com a contraprestação acordada (salário)<sup>47</sup>.

#### 4.2. APLICAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE NA RELAÇÃO LABORAL

O objeto da obrigação do contrato de trabalho é a força de trabalho do empregado a qual será colocada à disposição do empregador, e não a sua pessoa. Assim, o contrato de emprego não pode conter cláusulas contratuais que limitem a individualidade do trabalhador, bem como impedimentos de ordem pessoais, íntimos, ou seja, cláusulas que ofendam a intimidade do empregado.

Alude-se, aqui, a existência de diversas outras espécies de impedimentos, nulidades e anulabilidades a que o contrato de trabalho estará sujeito, bem como diversas matérias e disponibilidades as quais não podem ser negociadas no referido contrato.

O fato de o Direito do Trabalho em si não mencionar à proteção da intimidade e da vida privada, seja em legislação esparsa trabalhista ou na própria Consolidação das Leis do Trabalho, isto não lhe tira a aplicabilidade nas relações de trabalho, pois como direitos da personalidade (espécie de direito fundamental) estão resguardados constitucionalmente e são oponíveis *erga omnis*, portanto oponíveis a

---

<sup>46</sup> DELGADO, M. G. “Relação de trabalho e contrato de trabalho”. In: **Curso de direito do trabalho**:. Vol. I. Coord. Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 1997, p. 267.

<sup>47</sup> MARANHÃO, D. **Contrato de trabalho**. In: SÚSSEKIND, A. ... et al. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. I. São Paulo: LTr, 1996. p. 239-240.

todos e, portanto, também o são em face do empregador que deve respeitá-los, ainda que possua a autorização por parte do empregado para infringi-los, pois referidos direitos são indisponíveis e irrenunciáveis, independentemente de encontrar-se seu titular dentro do estabelecimento comercial ou fora dele.

Os direitos que se reconhece ao trabalhador enquanto pessoa humana, direitos fundamentais, como o direito a intimidade e a vida privada, preexistem ao estabelecimento do vínculo empregatício, contratual, por seus exercícios pressuporem liberdades civis.

#### 4.2.1. Direito à intimidade do empregado versus direito de propriedade do empregador

Há neste ponto um confronto entre dois direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República. Enquanto esta prevê a proteção da intimidade no seu artigo 5º, inciso X, prevê, ademais, no mesmo artigo 5º, inciso XXII, resguarda o direito a propriedade a todo homem. J.J. GOMES CANOTILHO, explica que este fenômeno ocorre “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”, o que conceitua como um “autêntico conflito de direitos”<sup>48</sup>

Assim, quando o empregado vê-se exercendo suas atividades laborativas no estabelecimento empresarial do empregador, isto é, em sua propriedade, este direito patronal de propriedade irá repercutir sobre o trabalhador, limitando seus direitos e liberdades civis, dentre eles o direito a intimidade. Mister ressaltar que neste caso ocorrera uma ponderação entre os direitos fundamentais, não podendo haver o suprimento de um em detrimento do outro.

ALICE MONTEIRO DE BARROS explica que “não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado”; seguindo a idéia de CARLOS RUIZ MIGUEL, a autora prossegue defendendo que: “o contrato de trabalho não poderá constituir ‘um título

<sup>48</sup> CANOTILHO, J.J. G. “Direito constitucional”. apud SIMÓN, op. cit., p. 122.

legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais' assegurados ao empregado como cidadão"<sup>49</sup>.

A condição de cidadão titular de direitos e garantias pessoais fundamentais não pode ser afastada pela inserção do indivíduo no "organismo empresarial"; o que pode ocorrer, todavia, é a moldação desses direitos na medida em que for imprescindível ao desenvolvimento da atividade produtiva.

#### 4.2.2. A subordinação jurídica no contrato de emprego e os poderes de direção e controle da prestação de trabalho pelo empregador

O artigo 3º da CLT conceitua o empregado como "toda pessoa física que prestar serviços (...) a empregador, sob a dependência deste (...)". Destaca, referida Consolidação, o elemento da subordinação jurídica do empregado ao empregador, que representaria uma renúncia por parte daquele a sua liberdade de ação e seu conseqüente submetimento ao controle patronal. Este entendimento encontra respaldo em outro dispositivo consolidado, artigo 2º, o qual confere ao empregador o poder de direção (poder diretivo), competindo a ele a direção da prestação pessoal de trabalho manifestada por meio deste controle, fiscalização, vigilância da prestação laboral. O empregador avalia o cumprimento das obrigações atribuídas ao empregado, bem como lhe aplica eventuais sanções disciplinares, quando cabíveis.

O empregador reúne em seu empreendimento os diversos fatores necessários à produção, entre eles o trabalho. Como proprietário da empresa, assume os riscos da atividade econômica, agregando o direito de dispor dos fatores da produção a fim de compor uma unidade técnica de produção. Uma vez que a força de trabalho constitui-se no mais relevante fator de produção, também agrega o direito do empregador dela dispor e, sendo a força de trabalho indissociável da pessoa do trabalhador, este, por conseqüência, também está sujeito as disposições patronais, subordinadas a elas. "A subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato: nele encontra seus fundamentos e seus limites"<sup>50</sup>.

A subordinação e o poder diretivo, todavia, encontram-se molduradas por limites impostos pelo ordenamento constitucional e infra-constitucional, que

---

<sup>49</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 33.

<sup>50</sup> MARANHÃO, D. "Contrato de trabalho". In: SÜSSEKIND, A. ...et al. **Instituições...** op. cit., p. 243.

devem ser observados e respeitados pelos empregadores. Neste sentido, JOSÉ LUIS GOÑI SEIN afirma que “(...) *por ello, la situación de subordinación que caracteriza la relación de trabajo no puede explicarse en manifestaciones irreductibles de libertad o intimidad*”<sup>51</sup>. Ademais:

A subordinação não significa sujeição ou submissão pessoal. Este conceito corresponde a etapa histórica já ultrapassada e faz lembrar lutas políticas que remontam à condição do trabalhador objeto de *locatio*, portanto equiparado a coisa (*res*). O trabalhador como pessoa não pode ser confundido com a atividade, esta sim, objeto da relação jurídica. No dizer de Francesco Ferrara, essa luta, que vinculava a formas econômicas anacrônicas e superadas, não existe como antes e está desaparecendo paulatinamente para dar espaço à idéia de cooperação negociada de atividades profissionais com vistas ao cumprimento de iniludíveis fins comunitários<sup>52</sup>.

A situação de subordinação a qual o empregado está sujeito constitui-se, ademais, em uma fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes.

De titularidade do empregador, destacam-se três direitos principais: direito de direção e de comando da atividade laboral, determinando as condições de utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, dentro dos limites contratuais; direito de controle, qual seja a verificação do exato cumprimento da prestação; e o direito de aplicar penas disciplinares (poder disciplinar) nos casos de inadimplemento das obrigações doc contrato. Por outro lado, o empregador possui diversos deveres para com o empregado, entre eles, destacam-se para este estudo, o dever de não ultrapassar os limites do contrato, aplicar corretamente a legislação trabalhista em vigor e, especialmente, o dever de respeitar e não infringir os direitos fundamentais do trabalhador enquanto ser humano, dentre eles, o direito à intimidade e vida privada.

O empregado, por seu turno, possui o direito de exercer seu trabalho, dentro da forma contratada, e de exigir do empregador o cumprimento de seus deveres, de um lado, e, por outro, o dever de obediência, decorrente do direito de direção e comando do empregador da prestação de trabalho, e o dever de diligência e fidelidade, decorrente do poder de controle desta prestação pelo empregador

---

<sup>51</sup> SEIN, J. L. G. “*El respecto a la esfera privada del trabajador*”. apud: OLIVEIRA, P. E. V. **O dano pessoal no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 94.

<sup>52</sup> ROMITA, A. S. “A subordinação no contrato de trabalho” apud OLIVEIRA, op. cit., p. 94.

#### 4.4. O RESPEITO À INTIMIDADE DURANTE A FASE PRÉ-CONTRATUAL

##### 4.4.1. Noções preliminares

Seja diante das dificuldades econômicas e conseqüente necessidade da obtenção do emprego, seja pelo número alto de concorrentes a vaga pretendida, ou mesmo pela falta de vagas/postos no mercado de trabalho, o candidato a um emprego encontra-se em situação de quase absoluta inferioridade frente ao seu possível empregador. Se a condição de hipossuficiente do trabalhador na relação de trabalho quando está empregado é considerável, pode-se imaginar como ela não será quando o trabalhador apresenta-se disposto a quase tudo para conseguir o emprego pretendido, tolerando todo tipo de abusos e ingerências a sua personalidade.

Esta situação atualmente é agravada pelo momento histórico vivido pelo país, qual seja, o grande número de trabalhadores desempregados no mercado em busca de uma colocação, a difícil situação econômica brasileira com a humilhante e progressiva queda da renda do brasileiro e, por outro lado, o avanço tecnológico no campo das comunicações, a exemplo tome-se a rede mundial de computadores (*Internet*) que possibilita o câmbio de informações sejam lícitas ou ilícitas, disponíveis ou restritas, demandam por uma maior vigilância e proteção das intromissões sofridas pelos aspirantes a empregados em sua intimidade e vida privada.

É aceitável e permitido juridicamente, todavia, o interesse dos empregadores em conhecerem a pessoa que irão, possivelmente, contratar como seu empregado, no que concerne a suas capacidades e formações profissionais, habilidades para trabalhar ou gerenciar um grupo, poder de concentração, capacidade de escrita, etc; isto é, ao empregador é lícito investigar o candidato ao emprego dentro do âmbito das questões que sejam diretas, estritamente ligadas e imprescindíveis ao bom e eficiente desempenho do trabalho a ser realizado.

O que é vedado ao empregador é a investigação que ultrapasse estes limites e invada a esfera íntima do candidato, prendendo-se a fatos ou características pessoais deste que não apresentem qualquer relação com a

“natureza da prestação de serviços, que permitem levar a cabo discriminação, vedada pelo texto constitucional”; discriminação aqui definida, consoante a origem anglo-saxônica do termo, como “o caráter infundado de uma distinção em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, capaz de provocar-lhe um dano material ou moral”<sup>53</sup>.

As discriminações, ao seu turno, podem ser de diversos tipos, de acordo com as preferências e ideologias do contratante: discriminação de raça, cor, preferência política, religiosa, sexual, antipatias, preconceitos, entre outros. Ressalte-se, ademais, que no Brasil o racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, previsto na Carta Maior, artigo 5º, inciso XLII, bem como é prevista na mesma Carta a punição de qualquer discriminação que seja ofensiva aos direitos e garantias fundamentais, consoante artigo 5º, inciso XLI.

#### 4.4.2. Métodos de seleção de pessoal e os limites da investigação

Como fora retro explanado, não é preciso haver o vínculo contratual para que os direitos fundamentais, preexistentes a este, sejam válidos. Nos trâmites de seleção de pessoal, portanto, o aspirante ao emprego e o futuro empregador não são obrigados a chegar em um consenso no final das negociações, podendo terminar em contratação ou não do pretendente. Todavia, ainda que não estejam obrigados, ou não haja qualquer vínculo entre eles, é necessário que a boa fé prevaleça na fase pré-contratual, informando a conduta correta nos métodos de investigação a que o candidato será submetido.

O submetimento de candidatos a provas de competência com o intuito de avaliar a capacidade deste para a ocupação oferecida não é algo novo, datando de “200 anos a.C. , por ocasião da Dinastia Han, na China”, para o preenchimento de vagas de cargos públicos<sup>54</sup>. Por sua vez, o Reino Unido, em 1855, começou a exigir exame médico dos aspirantes ao emprego nas fábricas. Esta tendência expandiu-se para os Estados Unidos em 1911, sendo que os testes psicológicos passaram a ser aplicados aos candidatos no primeiro pós-guerra.

---

<sup>53</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 51.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 60.

No campo das convenções internacionais, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) preocupa-se com o tema a partir da Convenção n. 111, que proíbe a discriminação do empregado, bem como dos candidatos ao emprego; na Convenção n. 159 proíbe referida discriminação às pessoas com minoração, bem como aos portadores de deficiência, e a Recomendação n. 150 que versa especificadamente sobre as provas de capacidade e aptidão.

No Brasil não há norma dispondo sobre a matéria, sendo os métodos mais utilizados a entrevista pessoal, “os testes grafológicos, os questionários, os testes psicotécnicos e, com menos freqüência, a astrologia empresarial”<sup>55</sup>. Estes testes são comuns no mercado brasileiro haja vista a não exigência de que o empregador contrate seus empregados via agências de colocação de pessoal. Assim é necessário analisar a licitude destes testes e a cautela precisa para que não se avance em campos restritos, como a intimidade do candidato.

Nas entrevistas e nos questionários as perguntas formuladas devem se restringir a assuntos relacionados com a aptidão profissional do aspirante à vaga; tudo dependerá da ocupação que está em questão, podendo, inclusive, o empregador questionar o empregado sobre alguns aspectos pessoais, privados, desde que com o consentimento deste e com pertinência direta com o cargo a ser exercido.

A exemplo, pode-se citar o oferecimento de vagas, por um Banco, para o cargo de caixa bancário, com a exigência dos candidatos de apresentarem atestado de antecedentes criminais. Neste caso específico esta informação íntima guarda pertinência com a função pretendida<sup>56</sup>. Não teria cabimento a mesma exigência para a contratação de um gari.

Há, por outro lado certas informações da vida privada do candidato, como seu estado civil, que podem ser publicas e de conhecimento geral, e que, portanto, podem ser investigadas pelo empregador. Todavia, o que será proibido é a utilização desta informação como fator de discriminação para a ocupação de um cargo, conquanto seja vedada a discriminação da pessoa pela condição de ser casado, solteiro, viúvo, divorciado, separado, para a admissão ao emprego. Este tipo

---

<sup>55</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 61.

<sup>56</sup> PACHÉS, op. cit., p. 94-95.



de discriminação é bastante comum entre as mulheres, especialmente por serem casadas.

Outro aspecto é a situação familiar, comumente investigada, sendo, inclusive, recomendada nos manuais de entrevistas; porém, estes questionamentos constituem em ingerências na intimidade do empregado, como o grau de escolaridade dos pais do candidato, constituição da família, atividades nas horas vagas, etc<sup>57</sup>.

Eis que é garantia das pessoas sua liberdade de opinião, crenças e ideologia, resta vedado, ainda, aos empregadores investigarem emanções destas liberdades, como sua filiação/empatia por este ou aquele partido político, sua religião ou a ausência desta, seu modo de vida nas horas particulares e ociosas, etc.

Quanto à grafologia esta vem sendo aplicada na seleção de pessoal, ainda que longe dos olhos dos candidatos, de maneira bastante comum, sendo exigido pelas empresas que os candidatos apresentem a solicitação de trabalho escrita à mão, por óbvio, para que seja submetida a exames grafológicos. ALICE MONTEIRO DE BARROS afirma que como não se pode isolar neste exame o que é pertinente ao emprego daquilo que não guarda qualquer relevância com este, “a grafologia implica intromissão ilegítima e por isso mesmo não poderá ser utilizada como critério de seleção, nem mesmo se precedida de aquiescência do candidato”<sup>58</sup>. Por outro lado, o exame grafotécnico apresentará como relevante para a seleção de candidato a cargo que será exigida confecção de manuscritos como correspondências ou outras informações.

Outro método exigido dos candidatos é o seu submetimento a exames psicotécnicos com o intuito de investigar-lhe a inteligência, raciocínio, interesse, personalidade; não raro esta investigação acaba ultrapassando os limites da aptidão do candidato para o desempenho da tarefa no cargo e adentra as suas características psicológicas, acabando por se constituir em uma porta de entrada para o atentado a esfera íntima e privada da pessoa.

Referido exame deverá ser realizado por profissional competente, qual seja um psicólogo, que deverá atestar a real necessidade de sua realização (colheita de informações pertinentes ao emprego que não possam ser obtida por outros

---

<sup>57</sup> PACHÉS, op. cit., p. 100.

<sup>58</sup> BARROS, op. cit., p. 62.

meios, como diplomas, certificados, etc), e informar ao empregador, apenas e tão somente, as informações que lhe interessem para o desempenho do cargo, mantendo em segredo (de acordo com a ética profissional e resguardo à intimidade) aquelas que não atinem com o fim proposto<sup>59</sup>.

A submissão a exames médicos dos pretendentes a cargo de emprego também vem sendo bastante exigida. Estes testes podem ter um caráter lícito e necessário, como podem ser ilícitos e invasivos à intimidade do candidato, dependendo da função pretendida e do exame realizado.

Um exame médico pode atestar a saúde ou não de um pretendente para o exercício de determinada função, como, por exemplo, a exigência de teste de labirintite em candidatos a emprego na construção civil, cuja obra a ser executada exigirá que o trabalhador permaneça em grandes alturas, onde o estado de normalização de seu equilíbrio é questão de segurança para si próprio. Por outro lado, exigir-se exames de gravidez da candidata, HIV, pressão alta, etc, isto é, qualquer coisa que possa ser usado como meio de discriminação do candidato, é, por óbvio, proibida.

Um novo tipo de investigação que hoje toma corpo é o acesso às informações genéticas do possível empregado.

Com os avanços da ciência, que por um lado propiciam a melhora da existência humana prevenindo e curando doenças, por outro se constitui em um risco para os homens uma vez que esta tecnologia apresente um uso indevido, particularmente no campo das relações de trabalho.

ALICE MONTEIRO DE BARROS<sup>60</sup> relembra que em 1938 exames médicos para detectar transtornos genéticos foram utilizados para selecionar candidatos a emprego consoante suas sensibilidades quanto aos riscos profissionais, gerando a discriminação de dezenas de pessoas, negando-lhes o acesso ao emprego. O Parlamento Europeu, em contrapartida a estas medidas, editou uma Resolução que proibiu legalmente a seleção de pessoal baseada em análises genéticas realizadas nos exames dos pretendentes, salvo em cargos que implicavam em risco de saúde dos mesmos.

---

<sup>59</sup> BARROS, *Proteção...* op, cit., p. 63.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 102.

Através do código genético da pessoa pode-se chegar a descobrir características e traços dos mais íntimos que ela possa ter. A tutela da intimidade, portanto, abarca as questões referentes a genética da pessoa, sendo proibido, desta forma, seu uso, sob qualquer hipótese, pelo empregador, seja na fase pré-contratual, seja durante o desempenho das funções empregado.

#### 4.4.3. Destruição dos dados dos candidatos não selecionados

A legislação brasileira, consoante explica ALICE MONTEIRO DE BARROS, não impõe, aos empregadores, qualquer obrigação de destruírem dados arrecadados dos pretendentes ao emprego em arquivos de fichários ou computadores da empresa; ademais, a autora insiste que a legislação deveria impor certos limites quanto à guarda e sigilo de referentes documentos, bem como do pessoal que têm acesso a eles<sup>61</sup>.

O que se vê, todavia, é uma falta de interesse por parte dos sindicatos e trabalhadores em exigir estas destruições, sigilos de informações, ou mesmo queixarem-se de processos de seleção que tenham sido vexatórios, discriminatórios, ou abusivos a intimidade do candidato. Isto ocorre em virtude do medo dos mesmos de serem discriminados ou, ainda, de ficarem estigmatizados, prejudicando-os em eventuais futuras seleções para empregos, tanto pela mesma empresa, quanto por outras.

Vale ressaltar que certos dados, como o laudo elaborado por profissionais após exames psicotécnicos, médicos, psicológicos atestando apenas a aptidão do empregado para determinado emprego ou não, o nome, número da carteira de trabalho, qualificações profissionais, isso tudo não parece ser dados que afrontem a intimidade do candidato ao emprego, podendo, inclusive, ser utilizados pela própria empresa para uma futura colocação de um trabalhador não empregado antes. Por outro lado, certos dados devem ser mantidos em sigilo, tal como os testes e seus resultados (não os laudos!) efetuados no candidato (psicológicos, psicotécnicos, médicos), seu endereço pessoal, telefone, documento de identidade,

---

<sup>61</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 69.

estado civil, bem como outros dados que se encaixem no âmbito da intimidade e da vida privada do pretendente ao emprego.

ALICE MONTEIRO DE BARROS apresenta, ademais, um caso em que psicólogas, vinculadas a uma empresa, as quais tinham o escopo de efetuar exames psicológicos e entrevistas em candidatos a emprego elaborando laudos e pareceres com os resultados e dados exigidos e de interesse da empresa, foram acionadas judicialmente por esta após destruírem referidos documentos acerca dos candidatos, alegando o caráter sigiloso e da ética da profissão de psicóloga. A empresa conseguiu, em primeira instância, indenização pelo ilícito cometido. As psicólogas apelaram alegando que os documentos não eram de propriedade da empresa e que elas deveriam destruí-los por ser imperativo de um dever ético da profissão. Todavia, a “2ª Câmara Civil do TJRS, em acórdão de 25 de outubro de 1990, AP n. 590.011.490, ADV 53.276”<sup>62</sup>, concordou com o juízo *ad quo* alegando que esses dados poderiam ser úteis aos futuros empregados no Departamento de Psicologia da empresa, bem como para os próprios trabalhadores e, ainda, que não havia sido exigido do candidato que prestasse qualquer informação de cunho íntimo, uma vez que estes têm o direito constitucional de negarem-se a revelar tais informações.

Contudo, esta parece ser uma visão bastante otimista e ingênua da real situação pela qual passam os candidatos a uma vaga no mercado de trabalho. Como já fora explanado, o aspirante nem sempre pode, ou se acha no direito, de negar-se a prestar informações ao seu entrevistador, sejam elas de cunho íntimo ou não, em virtude de sua posição de hipossuficiente, do grande número de candidatos a vaga, como explicado no item anterior.

Portanto, é dever do Estado prover certas garantias aos trabalhadores e esta, qual seja a salvaguarda dos dados de seleção de cunho pessoal, íntimo, é uma delas. É preciso que se estabeleçam regras que impeçam a divulgação, arquivamento e reaproveitamento destas informações pessoais. Os laudos, pareceres, toda informação restrita, apenas e tão somente, as qualificações profissionais do candidato, aptidão para emprego, etc, podem ser arquivadas pela empresa, porém, também devem ser impedidas de serem reveladas a terceiros.

---

<sup>62</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 70.

#### 4.5. O CONTROLE DA ATUAÇÃO LABORAL

A Consolidação das Leis do Trabalho, conforme já explanado em item anterior, em seus artigos 3º e 2º, submetem o empregado à subordinação jurídica no contrato de trabalho, o que acarreta para o empregador direitos de controle, direção e fiscalização da prestação de trabalho executada pelo empregado. O legislador infraconstitucional, portanto, legitima e declara a existência de limites impostos à intangibilidade da esfera íntima do empregado no constante da relação laboral, face aos poderes patronais.

Estas potestades do empregador provenientes dos atos de direção da empresa, todavia, estão sujeitas a limites impostos pelo ordenamento jurídico, conforme fora dito anteriormente. Ocorre, entretanto, que o empregador, comumente, ultrapassa os limites do *jus variandi* que, segundo E.P.BOTIJA seria “la potestad del empresario de alterar los límites de la prestación de trabajo”<sup>63</sup>, restando ao empregado buscar o assecuramento de seus direitos no Judiciário.

A dificuldade encontra-se, no entanto, em estabelecer os limites do direito do empregador em dirigir e fiscalizar a prestação de serviço do empregado face ao direito à intimidade e à vida privada do mesmo; identificar até que ponto o poder de direção está sendo exercido de forma legítima, em decorrência de uma boa administração do trabalho e do pessoal, e a partir de quando ele torna-se ofensivo e/ou invasivo a esfera íntima do trabalhador.

Existem diversos métodos de controle da prestação de serviço pelos empregadores, dos mais criativos e respeitosos aos mais ofensivos e até abusivos. Analisar-se-á adiante, portanto, apenas os mais comumente utilizados, os quais, por sua vez, se prestam a analogia quando da verificação de outros métodos.

##### 4.5.1. Revistas pessoais

A regulamentação jurídica da matéria, no Brasil, é bastante precária e insuficiente, relegada apenas ao artigo 373-A, inciso VI, da CLT que se limita a

---

<sup>63</sup> BOTIJA, E. P. “Derecho del trabajo”. 4 ed. Madrid: Editorial Tecnos apud BARROS, A. M. “poder hierárquico do empregador: poder diretivo”. In: BARROS, A.M. de...et al. **Curso de direito do trabalho**. Vol. I. São Paulo: LTr, 1997, p. 573.

impedir que o empregador ou preposto realize revistas íntimas nas empregadas. Todavia, o tema é bem mais complexo.

Os Tribunais do Trabalho vêm considerando a revista dos empregados como um direito do empregador, decorrente do direito de fiscalização, desde que , todavia, esta não seja realizada de forma abusiva e atentadora a dignidade do trabalhador, efetuando-se de forma moderada, respeitosa e suficiente para atender aos seus objetivos<sup>64</sup>, bem como demonstrada a sua real e efetiva necessidade.

Referidas revistas ocorrem mediante a desconfiança existente nos empregadores de que seus empregados furem objetos ou produtos do local de trabalho e, como proprietários dos bens de produção, bem como dos produtos, possuem o direito de exercer uma tutela de proteção sobre seu patrimônio. Neste sentido, a revista nos funcionários deve ser indispensável para a referida tutela patrimonial, caso contrário ela não se justifica, impondo-se, assim, um limite para sua realização <sup>65</sup>. Tal limite imposto a revista pessoal, todavia, não é o único. MÁRCIO TÚLIO VIANA ensina que a existência de outros métodos de fiscalização dos empregados, como câmeras de vigilância, afixação de etiquetas magnéticas, controle de entrada e saída do estoque, etc, também torna a revista injustificável; ressalta o autor, ademais, que se faz necessária, também, a existência de fatos concretos que demandem esta revista, como “bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial”<sup>66</sup>.

A estes requisitos somam-se outros aceitos pela doutrina e tribunais: a revista deverá ser realizada sempre nos locais de trabalho – uma vez que o poder diretivo do empregador não se estende para fora do âmbito do estabelecimento da empresa – mais precisamente nos locais de entrada e saída deste, mediante sistema de seleção automática ou sorteio – para que não ocorra desconfiança, discriminação e perseguição de determinados trabalhadores – e, ainda, face a presença de acordo entre empregador e representantes dos trabalhadores acerca de sua execução.

---

<sup>64</sup> NASCIMENTO, A. M. “Iniciação ao direito do trabalho” apud SIMÓN, op. cit., p. 145.

<sup>65</sup> SIMÓN, op. cit., p. 146-147.

<sup>66</sup> VIANA, M.T. “Direito de resistência” apud SIMÓN, op. cit., p. 147.

A jurisprudência entende que a recusa do trabalhador a submeter-se à revista revela a suposição de que esta comprovaria a suspeita patronal que a ensejou, sendo, portanto, motivo para a dispensa por justa causa. O trabalhador, todavia, poderá sim se recusar a submeter-se a revistas quando estas afrontarem a sua dignidade como ser humano, máxime diante dos princípios da lealdade, confiança e boa-fé que regem a contratualidade.

Será atentatória à intimidade do empregado revistas que exijam seu total ou semidesnudamento, ainda que diante de pessoas do mesmo sexo, ou apalpamento corporal. ALICE MONTEIRO DE BARROS, cita um caso da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, em que o proprietário da empresa De Millus foi condenado a pagamento de altíssima multa por crime de constrangimento ilegal de suas empregadas; a empresa realizava revistas constantes nas funcionárias da linha de produção, obrigando-as a levantar saias, baixar calças e até mostrar a ponta do absorvente, quando menstruadas, para se verificar se não estariam escondendo peças no local<sup>67</sup>. Este fato bem demonstra até onde os empregadores podem chegar na agressão aos direitos fundamentais dos trabalhadores, respaldando a necessidade urgente de regulação mais detalhada e eficaz sobre a matéria.

Além da revista pessoal há, ainda, aquela realizada nos objetos pessoais e de trabalho do empregado, como bolsas, pastas, carteiras, fichários, armários, mesas, escaninhos. Ressalte-se que os quatro últimos são espaços reservados fornecidos pelos empregadores para uso e gozo dos trabalhadores, restando, portanto, implícita a presunção de respeito à intimidade destes; as revistas destes espaços reservados, contudo, implica inviolabilidade de direito constitucional fundamental do empregado.

A boa-fé, a pertinência e a necessidade devem sempre acompanhar a realização das revistas nos empregados. Por óbvio, não se justificaria a revista pessoal, a exemplo, de um empregado da produção de enormes rolos de papel, ou colchões; por outro lado, seria aceitável a revista, desde que respeitados os limites retro expostos, em funcionários que tenham contato direto com jóias e pedras preciosas. Via de regra impõe-se que as revistas sejam realizadas na saída dos empregados, porém, há casos em que a revista na entrada poderá ser necessária,

---

<sup>67</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p.76

como, por exemplo, nos trabalhadores de minas a fim de impedir a entrada com explosivos ou inflamáveis.

Importante, contudo, é sempre reconhecer o caráter de atividade de polícia privada que a revista possui, podendo ser realizada, de maneira geral, apenas em circunstâncias excepcionais, de forma não discriminatória e “respeitando-se ao máximo a esfera de privacidade do empregado, que se projeta sobre bolsos, carteiras, papéis, fichários e espaços a ele reservados. Entendimento contrário afronta o preceito constitucional, que considera inviolável a intimidade do cidadão brasileiro”<sup>68</sup>.

#### 4.5.2. Instrumentos visuais

A revolução nos campos da informática e telemática geraram uma série de mudanças nas relações sociais que afetam necessariamente os vínculos empregatícios. Diversas questões afloraram envolvendo os empregados e empregadores acerca da utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho.

A legislação vigente brasileira não possui redação específica e contundente que direcione e regule esta matéria de maneira eficaz. A jurisprudência, contudo, vem permitindo a fiscalização do empregado através de circuito interno de televisão, com o intuito de controlar os empregados e o andamento dos serviços<sup>69</sup>. Este entendimento, todavia, prevalece quando as imagens são restritas a vigilância do processo produtivo e jamais aspectos de caráter íntimo do trabalhador.

Avisos acerca da existência de câmeras nos locais deverão ser afixados para informação de todo pessoal da empresa, bem como estes serem avisados previamente de sua instalação. As câmeras deverão ficar restritas a ambientes de trabalho da empresa, como escritórios, galpões de produção, linhas de montagem, bem como ambientes de circulação, como corredores, saguões, etc, porém, jamais poderão ser utilizadas em ambientes privados, como vestiários, banheiros, ou destinados ao lazer, como áreas de fumar, salas ou jardins de relaxamento e descanso do trabalhador durante seu período de intervalo. As filmagens também deverão ter um caráter geral, não especificado, devendo captar tomadas gerais dos

<sup>68</sup> BARROS, **Proteção...** op. cit., p. 78

<sup>69</sup> TRT CP RO 2.217/89, Antônio Mazzuca, 4ª T., Ac. 10.767/89.



locais, ou de parte deles, contudo não poderão ser direcionadas individualmente ao trabalhador, como no teto acima de sua mesa, ou ainda filmagens que enfoca direta e permanentemente seu local de trabalho. Este tipo de atitude ou outros abusos similares impedem a boa execução da atividade laboral do empregado que exige um ambiente de trabalho relaxado e confiável que proporcione autonomia e intimidade, evitando o receio, a pressão e o mal-estar dos trabalhadores por meio de condutas excessivas derivadas do poder empresarial.

No Brasil não é comum, ao contrário de outros países, a utilização de instrumentos auditivos para o controle de pessoal, felizmente, ao passo que este método de fiscalização patronal, consoante entendimento de ALICE MONTEIRO DE BARROS, parece ser ilícito “quando exercido de forma desleal, atentatória à dignidade do empregado”<sup>70</sup>.

#### 4.5.3. Verificação do computador

O controle da prestação de serviço também pode dar-se por meio da informática, pois, uma vez que o empregador é o proprietário do material de informática, os documentos, arquivos, isto é, os dados guardados no computador de uso do empregado podem ser, por ele ou prepostos, verificados, desde que guarde referência com as tarefas profissionais desenvolvidas pelo trabalhador.

Dependendo da tarefa exercida pelo trabalhador, bem como se ele possui acesso a computador interligado a rede mundial de computadores (*internet*), o trabalhador poderá através dela enviar e receber mensagens, correspondência pessoal eletrônica, denominada de *e-mail*. Referente a esta questão, a matéria torna-se um pouco mais complexa, tanto pela dificuldade de se perceber a inviolabilidade e monitoramento deste, como para sua caracterização como correspondência de fato, e portanto inviolável consoante o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, ou simplesmente um arquivo eletrônico e, portanto, apenas sujeito a restrições por ter um caráter pessoal e íntimo.

No ambiente de trabalho, o empregador que concedeu ao empregado um computador, presume-se ser este indispensável para a prestação de serviço,

---

<sup>70</sup> BARROS, **Proteção...**, p. 81.

podendo o empregador, uma vez titular do poder de direção, verificar os *e-mails* do empregado, considerando-se “um terceiro interessado”<sup>71</sup>. Permitindo a empresa que o trabalhador use o *e-mail* para assuntos particulares, quando de uma eventual checagem pela empresa das mensagens, estas deverão ser poupadas, o que nem sempre é viável, pois na maioria das vezes só se tem noção do conteúdo do *e-mail*, após sua abertura. Dessa maneira, a empresa deverá criar um método de separação do que é correspondência pessoal daquilo que é de seu interesse.

Um posicionamento considerado adequado é a caracterização do *e-mail* do empregado como correspondência pessoal, sendo que o fato dele ter sido enviado por computador de propriedade da empresa não lhe retira essa qualidade. Muitas vezes o envio e recebimento das correspondências eletrônicas se dão em horários reservados a descanso, alimentação ou término do expediente. Obviamente que está não é uma regra sem exceção, pois há estudos que demonstram que os empregados gastam uma enorme quantidade de tempo e recursos das empresas, durante a jornada de trabalho, com mensagens pessoais, envio de *e-mails* de conteúdo pornográfico, ou seja, todo tipo de assunto que não guarda absolutamente nenhuma pertinência com a prestação de trabalho.

Outra questão que também se apresenta com o uso da *Internet* pelo empregado é o acesso a *sites* (endereços eletrônicos, páginas) com as características retro mencionadas, também acarretando perda de tempo de trabalho de empregado para o empregador. A verificação dos acessos a estes *sites* dá-se de maneira bastante fácil pelo empregador, via provedor de *Internet* o qual registra todos os endereços acessados, bem como o tempo de permanência do usuário em cada um.

Uma postura aconselhada às empresas seria a de, anteriormente a implementação da verificação do computador, correspondência eletrônica, acessos virtuais, ou quando da admissão de trabalhadores em empresas que já possuam esta política, informar o trabalhador de maneira exaustiva acerca do tipo, da profundidade e dos modos que esta verificação se dará, bem como as penalidades previstas para irregularidades descobertas. A empresa poderá, ademais, colher

---

<sup>71</sup> SIMÓN, op. cit., p. 161.

assinaturas dos empregados dando ciência do monitoramento e das penalidades a eles impostas em caso de infrações.

#### 4.5.4. O controle da atividade do teletrabalhador

Sem dúvida o teletrabalhador faz parte de categoria de trabalhadores das mais suscetíveis ao controle invasivo a sua intimidade e vida privada pelo empregador, em razão da especificidade deste trabalho, qual seja, a sua realização longe da empresa, geralmente em casa ou em telecentros.

O teletrabalho pode ser definido como aquele trabalho prestado à distância por intermédio de sistemas de computadores e telecomunicações, qual sejam telefones, fax-símile, *Internet*, bem como outras formas de comunicação entre o trabalhador e a empresa.

RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA explica que esta nova forma de trabalho apresentou-se ao mundo “como um meio de libertação do trabalhador dos rígidos horários e da frequência obrigatória ao local de trabalho, poupando-lhe dos gastos com locomoção, alimentação e vestuários”, outras vantagens somam-se a estas, como:

Novas oportunidades de desenvolvimento para regiões periféricas, isoladas, reduz o consumo de energia e a poluição ambiental, abre oportunidades para trabalhadores com deficiência e, finalmente, diminui os custos para a empresa com maior flexibilidade nas formas de prestação de serviços, utilização do tempo de trabalho e rapidez de adaptação da produção às exigências do mercado<sup>72</sup>.

O controle da atividade desenvolvida por estes empregados à distância, faz-se, também, à distância, eletronicamente, intensificando a subordinação jurídica a que os empregados estão sujeitos, suprimindo do trabalhador sua vida íntima, seu espaço e tempo próprios. Uma rigorosa disciplina legal faz-se necessária nesta matéria a fim de se preservar o tempo do não trabalho do empregado.

Em face da carência de doutrina acerca da matéria, bem como legislação que a regule, o Direito Comparado pode trazer boas soluções. O autor espanhol JAVIER THIBAUT ARANDA, coloca que as regras do Estatuto do

---

<sup>72</sup> FONSECA, R. T. M. da. “Saúde mental para e pelo trabalho”. **Revista LTr – publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**. São Paulo, n. 6, p. 670-679, junho de 2003, p. 674.

Trabalhador de seu direito pátrio referentes ao contrato a domicílio e seu controle de jornada e remuneração, podem ser plena e eficazmente aplicadas ao teletrabalho. O controle dos dados pessoais do empregado e a utilização destes merece especial atenção e cuidado. A Espanha possui uma lei específica para tratar do controle de dados, Lei de Proteção de Dados de Caráter Pessoal (Lei 15/1999 - LOPDCP)<sup>73</sup>, cuja incidência é inquestionável neste tipo de relação laboral.

#### 4.5.5. O assédio moral e sexual

Assédio moral caracteriza-se como uma ofensa dirigida ao trabalhador por meio de atitudes e condutas negativas dos chefes em relação aos seus subordinados, constituindo numa experiência subjetiva que implica em profundo prejuízo emocional para o trabalhador e, conseqüentemente, para toda a empresa também. É uma ofensa direta ao que há de mais íntimo na pessoa humana, sua personalidade, seus sentimentos e emoções.

O tema tomou corpo e relevância jurídica no Brasil com a defesa dos direitos da personalidade como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988.

Outra forma bastante grave de intromissão na intimidade dos empregados é o assédio sexual. A liberdade sexual do indivíduo é garantida como direito da personalidade e é frontalmente atacada por comportamentos agressivos conhecidos como assédio sexual.

Referida conduta foi, inclusive, caracterizada como crime pelo Código Penal brasileiro, em alteração dada pela Lei n. 10.224/2001, que acresceu o artigo 216-A ao Códex citado, a saber: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”

Este problema se faz, na atualidade, cada vez mais presente nas relações laborais, sendo necessárias, junto com o assédio moral, alterações e inclusões de regulamentos trabalhistas acerca da matéria.

---

<sup>73</sup> ARANDA, J.T. *El teletrabajo – análisis jurídico-laboral*. 2 ed., atual. Espanha: Consejo Económico y Social, 2001, p. 151-164.

A inclusão do tema na esfera penal não é suficiente para abarcar todos os aspectos a ela comuns e muito menos para resolver as questões de prevenção e reparação de danos morais advindos do assédio sexual. A conduta penal serve como mera referência que, no entanto, não exclui a gravidade do assédio sexual cometido por colegas do mesmo nível hierárquico e mesmo de subordinados para superiores. A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a culpa da empresa por não vigiar adequadamente a conduta de seus trabalhadores ou de não ter critérios adequados de seleção de pessoal, ou seja, a conhecida culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.<sup>74</sup>

Fernando Vicente Pachés<sup>75</sup> apresenta algumas propostas para prevenir o assédio sexual, entre elas a previsão regulamentar nas empresas definindo o que é assédio sexual e vedando sua prática e apurando suspeitas de modo sigiloso e seguro aos trabalhadores.

---

<sup>74</sup> FONSECA, op. cit., p. 675.

<sup>75</sup> PACHÉS, op. cit., p. 230-233.

## 5. CONCLUSÃO

Uma vez sujeito a relação de emprego, o homem vê-se frente a limitações que insurgem sobre seu rol de direitos e garantias a ele inerentes.

São reconhecidos ao empregador, como tal, direitos decorrentes da tutela de proteção de seu patrimônio, em face do empregado, como o direito de controle, fiscalização, vigilância e direção da prestação de serviço executada por este. Em decorrência disto, a relação de emprego limita os direitos do empregado, eis que a ele são impostas determinadas condutas, vedadas outras, exigido o cumprimento de certas obrigações da maneira estipulada pelo empregador.

No entanto, estes poderes conferidos aos empregadores jamais podem ser considerados como absolutos ou ilimitados, pois, ainda que o empregado tenha limitada a atuação de certos direitos, estes não desaparecem, subsistem à relação laboral e, por sua vez, também restringem os direitos e poderes do empregador.

Os direitos fundamentais do homem, inerentes a pessoa do trabalhador, são indiscutivelmente aplicados às relações sociais, como a trabalhista, e impõem-se aos empregadores, ainda que haja cláusulas que os restrinjam, pois como fundamentais, são indisponíveis, bem como irrenunciáveis pelos empregados. É a garantia estatal de que nenhum homem poderá ser constrangido em seus direitos fundamentais.

Pelo que restou exposto neste estudo, o direito inviolabilidade à da intimidade e da vida privada como um direito fundamental deve ser respeitado pelo empregador, podendo, todavia, sofrer pouquíssimas, e desde que absolutamente necessárias, restrições por parte do empregador.

O contrato de emprego rege-se pelos princípios da boa-fé e da confiabilidade entre empregador e empregados, sem os quais o bom desenvolvimento do trabalho fica absolutamente prejudicado.

As revistas pessoais aos empregados são realizadas face às suspeitas do empregador de furto de objetos e produtos pelos seus empregados. Ocorre, no entanto, que a confiança, como fora dito, é um dos princípios regentes do contrato de trabalho. Para baseá-la o empregador tem o direito de realizar os trâmites de seleção de pessoal para escolher aqueles mais capacitados, mais íntegros e

adaptáveis às políticas da empresa; logo, ele assume também os riscos da atividade econômica e a responsabilidade sobre a atuação de seus funcionários.

O empregador elege seus empregados de livre e espontânea vontade e, portanto, estes devem gozar, até que se prove o contrário, da confiança e boa-fé do empregador, não podendo ser constantemente objeto de desconfiança, investigação, questionamento e suspeitas patronais.

É certo e aceitável que o empregador também possui seus interesses na relação de trabalho, intencionando o bom e eficaz desenvolvimento da atividade produtiva dentro dos seus objetivos.

Portanto, as relações laborais, especialmente quando se fazem presentes conflitos entre direitos individuais do empregado (intimidade) e direitos também individuais do empregador (propriedade), devem reger-se pelo princípio da ponderação de interesses embriagados em valores de dignidade humana, boa-fé contratual, confiança e, ademais, o princípio da inocência de todos, até que se prove o contrário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANDA, Javier Thibault. **El Teletrabajo – análisis jurídico-laboral**. 2ª ed., atual. Espanha: Consejo Económico y Social, 2001, p. 19.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. LTr: São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. ...et al. **Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. Coord. Alice Monteiro de Barros. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Saraiva: São Paulo, 1988-1989.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed., ampl. e atual. Saraiva: São Paulo, 1997.

CAMPOS, José Luiz Dias; CAMPOS, Adelina Bitelli Dias. **Responsabilidade penal, civil e acidentária do trabalho**. 5ª ed., ampl. e atual. LTr: São Paulo, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *IN*: SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e a vida privada do empregado**.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: quadro comparativo Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Senado Federal: Brasília, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. I, Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. V.7, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.



- DOXSEY, Sônia Rabello. **Resguardo à intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal.** Revista de Processo – Direito processual constitucional, ano 15, n. 57, janeiro-março de 1990, p. 102-108.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos.** Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996.
- FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade.** Saraiva: São Paulo, 1977.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira.** Saraiva: São Paulo, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional.** 17ª ed. rev. e atual.; Editora Saraiva: São Paulo, 1989.
- FLORINDO, Valdir. **Dano moral no direito do trabalho.** 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2002.
- FONSECA, R. T. M. da. “Saúde mental para e pelo trabalho”. **Revista LTr – publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência.** São Paulo, n. 6, p. 670-679, junho de 2003.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho.** 15ª ed.; Forense: Rio de Janeiro, 1999.
- MAGANO, Octávio Bueno. **Curso de direito do trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano.** Coord. Octávio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva: 1985.
- MALHADAS, Júlio Assumpção. PINTO, José Augusto Rodrigues. **Noções atuais de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria.** São Paulo: LTr, 1998.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de direito do trabalho.** Dialética: São Paulo, 1998.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 88**. 2ª ed., atual.. Saraiva: São Paulo, 1991.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- PACHÉS, Fernando de Vicente. **El Derecho del trabajador al respeto de su intimidad**. Consejo Económico y Social: Madrid, 1998.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998.
- RODRÍGUEZ, José Luis Concepción. **Honor, intimidad e imagen: uma análise jurisprudencial de la L. O. 1/1982**. Bosch: Barcelona, 1996.
- ROMITA, Arion Sayão. **Denominação, natureza jurídica e conceito do contrato de trabalho**, IN: **Curso de direito do trabalho: homenagem a Mozart Victor Russomano**, coord: Octávio Bueno Magano; Saraiva: São Paulo, 1985.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Del Rey: Belo Horizonte, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10ª ed., rev.. Malheiros: São Paulo, 1994.
- SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.
- \_\_\_\_\_ ... et al. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. I, 16ª ed., atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. LTr: São Paulo, 1996.

TEIXEIRA, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 2V. 19<sup>a</sup> ed., São Paulo: LTr, 2000.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2<sup>a</sup> ed. rev., atual. e aum. Editora LTr: São Paulo, 1999.