

**PRISCILLA DE OLIVEIRA PINTO AVILA**

**EXERCÍCIO DO DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE  
DE TRABALHO**

**Limites ao Poder Diretivo do Empregador**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA AO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO  
ORIENTADOR PROFESSOR DOUTOR ESTÊVÃO MALLETT

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO, 2011**

**PRISCILLA DE OLIVEIRA PINTO AVILA**

**EXERCÍCIO DO DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE  
DE TRABALHO**

**Limites ao Poder Diretivo do Empregador**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Estêvão Mallet.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO, 2011**

**Banca Examinadora**

---

---

---

## RESUMO

O presente trabalho é dedicado ao estudo do direito à intimidade do empregado e busca definir o papel do empregador diante de conflitos entre esse direito e outros direitos fundamentais no ambiente de trabalho.

No primeiro capítulo examina-se o poder diretivo, dando-se ênfase à sua natureza jurídica, ao seu fundamento jurídico e aos limites que lhe são impostos, a fim de delimitar o âmbito de atuação legitimamente reconhecido ao empregador.

No segundo capítulo analisa-se a teoria geral dos direitos da personalidade, a fim de compreender as características gerais aplicáveis ao direito à intimidade.

O terceiro capítulo é dedicado exclusivamente ao estudo do direito à intimidade: sua origem, evolução histórica, conceito, alcance, características específicas, limitações e regime jurídico.

No quarto capítulo o direito à intimidade é examinado enquanto direito fundamental. Nesse capítulo também é estudada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a fim de compreender de que forma eles devem ser observados nas relações de trabalho. São apresentadas, ainda, duas propostas de solução para a colisão entre esses direitos: a de José Joaquim Gomes Canotilho e a de Virgílio Afonso da Silva.

Por fim, são avaliadas algumas situações hipotéticas em que frequentemente se observa o conflito entre o direito à intimidade e outros direitos fundamentais no ambiente de trabalho e propostas soluções para esses conflitos com base nas ideias dos constitucionalistas mencionados.

## **ABSTRACT**

This work is devoted to the study of the right to the employee's intimacy and its attempt is to define the role of employer before the conflicts between this right and other fundamental rights in the working environment.

The first chapter examines the employer's directive power, emphasizing their legal nature, legal base and the limits imposed, in order to delimit the scope of action legitimately acknowledged the employer.

The second chapter analyzes the general theory of the personality rights, in order to understand the general characteristics applied for the intimacy rights.

The third chapter is exclusively devoted to the study of the intimacy rights: their origin, historical evolution, concept, scope, specific characteristics, limitations and legal regime.

In the fourth chapter the intimacy right is examined as a fundamental right. In this chapter is either studied the horizontal effectiveness to the fundamental rights, in order to understand how they should be observed in working relationships. There are, in addition, two proposals presented as the solution to the collision between these rights: "José Joaquim Gomes Canotilho" and "Virgílio Afonso da Silva".

Finally, some hypothetical situations are assessed where the conflict between the intimacy right and other fundamental rights can be frequently observed in the work environment and it is proposed various solutions to these conflicts based on the ideas of the scholars mentioned.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	4
INTRODUÇÃO .....	8
1. PODER DIRETIVO .....	10
1.1. Conceito e natureza jurídica .....	10
1.2. Fundamentos do poder diretivo .....	15
1.3. Divisão do poder diretivo .....	18
1.3.1. Poder de direção <i>stricto sensu</i> .....	19
1.3.2. Poder de controle .....	20
1.3.3. Poder disciplinar .....	20
1.3.4. Limites ao poder diretivo .....	21
2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE .....	24
2.1. Terminologia .....	24
2.2. Evolução histórica .....	24
2.3. Natureza jurídica .....	26
2.4. Fundamentos jurídicos .....	27
2.5. Conceito .....	29
2.6. Características .....	31
2.7. Classificação dos direitos da personalidade .....	32
2.8. Direitos da personalidade na legislação brasileira .....	34
3. DIREITO À INTIMIDADE .....	36
3.1. Origem e evolução .....	36
3.2. Conceito .....	39
3.3. Intimidade e privacidade .....	40
3.4. Alcance .....	43
3.5. Características e limitações .....	44
3.6. Regime jurídico no Brasil .....	48
3.7. Sancionamento a violações .....	50
4. DIREITO À INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	53
4.1. Dimensões dos direitos fundamentais .....	53
4.2. O Direito à intimidade como direito fundamental .....	55

4.3. Paralelo entre direitos da personalidade, direitos fundamentais e liberdades públicas .....	55
4.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais .....	57
4.5. Propostas de solução de conflitos entre direitos fundamentais.....	63
4.5.1. A proposta de José Joaquim Gomes Canotilho .....	63
4.5.2. A proposta de Virgílio Afonso da Silva .....	70
5. O EXERCÍCIO DO DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO ..	79
5.1. O papel do poder diretivo diante do direito à intimidade do empregado .....	79
5.2. Informações pessoais e exames médicos .....	82
5.3. Revistas .....	91
5.4. Circuito interno de televisão .....	99
5.5. Controle do uso do computador.....	102
6. CONCLUSÃO .....	108
BIBLIOGRAFIA .....	114

## INTRODUÇÃO

Historicamente, confirma-se a máxima montesquiana de que o titular de um poder apresenta certa tendência para dele abusar enquanto não impedido por algum obstáculo, sendo necessário que o poder limite o próprio poder<sup>1</sup>. No campo das relações de trabalho não é diferente. Desde a escravidão na antiguidade clássica, onde os povos vencidos eram submetidos ao regime escravista, passando pelo trabalho servil medieval, até a opressão imposta ao operariado durante a revolução industrial, nota-se que o abuso do poder pelos proprietários dos meios de produção sobre os trabalhadores esteve presente em todas as épocas.

A limitação ao poder do empregador adveio da intervenção estatal nas relações de trabalho como decorrência, sobretudo, da propagação dos princípios que nortearam as revoluções do século XVIII, culminando no estabelecimento de garantias legais mínimas aos trabalhadores. De tal sorte, nas sociedades democráticas contemporâneas, o empregador não mais pode exercer seu poder sobre o empregado a seu bel-prazer. Trata-se de uma conquista histórica dos trabalhadores e da consagração de princípios que resguardam, em última análise, a dignidade humana do empregado.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a intimidade do empregado é um dos direitos fundamentais que deve ser preservado com o ingresso em uma relação de emprego. O artigo 5º, X, da Constituição Federal brasileira resguarda a inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos indivíduos, garantia que foi reiterada pelo artigo 21 do Código Civil. Trata-se de direito fundamental reconhecido ao cidadão não somente perante o Estado, mas também perante os demais particulares, inclusive, perante o próprio empregador.

Todavia, em decorrência do avanço tecnológico, a usurpação do poder diretivo tem sido cada vez mais facilitada pela utilização de mecanismos avançados que permitem o controle quase total do comportamento do empregado no ambiente de trabalho, tornando a preservação da intimidade um desafio cada vez maior.

---

<sup>1</sup>“(…) mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.” MONTESQUIEU, Charles de. *O Espírito das Leis*, p. 74. Disponível em <<http://www.gentteficaz.com.br/1ebooks.asp>> Acesso em 29.12.2010.



No intento de preservar a intimidade, porém, é preciso não perder de vista que mesmo os direitos fundamentais estão sujeitos a limites, quando em confronto com outros direitos igualmente fundamentais. Como restará demonstrado, os direitos fundamentais, enquanto princípios, possuem um conteúdo *prima facie* que poderá ser restringido quando encontrar barreiras na proteção de outro princípio.

Destarte, o presente estudo propõe-se a compreender o papel do poder diretivo do empregador diante do conflito entre direitos fundamentais no ambiente de trabalho, sempre que tal conflito envolver, em um dos lados, o direito à intimidade do empregado.

Para tanto, no primeiro capítulo aprofundaremos o estudo do poder diretivo buscando compreender, especialmente, sua natureza jurídica e seu fundamento, a fim de constatar qual deve ser o papel desempenhado pelo empregador na comunidade de trabalho. Ainda nesse capítulo discorreremos sobre os principais limites impostos ao poder diretivo.

No segundo capítulo estudaremos a teoria geral dos direitos da personalidade. Esse exame mostra-se necessário visto que a natureza jurídica, os fundamentos e as características do gênero “direitos da personalidade” também se aplicam à espécie “direito à intimidade.”

A seguir, aprofundaremos o exame do direito à intimidade: origem, evolução histórica, conceito, alcance, características, limitações, regime jurídico e sancionamento a violações.

O quarto capítulo fornecerá as bases para o exame que pretendemos realizar. Será dedicado ao estudo do direito à intimidade enquanto direito fundamental. Analisaremos a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e duas propostas de solução para a colisão entre esses direitos: a proposta de José Joaquim Gomes Canotilho e a de Virgílio Afonso da Silva.

Por último, procuraremos aplicar as ideias dos referidos constitucionalistas aos conflitos que surjam entre o direito à intimidade e outros direitos fundamentais no ambiente de trabalho, após o que analisaremos algumas situações hipotéticas em que esse confronto se dá. O exame a que presente estudo se propõe não é exaustivo, mas visa apenas apontar de que maneira o exercício da ponderação deve ser conduzido quando se observam conflitos dessa natureza.

## 1. PODER DIRETIVO

### 1.1. Conceito e natureza jurídica

Embora não exista norma na legislação pátria fazendo referência expressa ao termo “poder diretivo”<sup>2</sup>, a Consolidação das Leis do Trabalho, ao conceituar a figura do empregador, em seu artigo 2º, *caput*, atribuiu-lhe o encargo de dirigir a prestação pessoal de serviços, *in verbis*: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Outros dispositivos da CLT também apontam para esse poder do empregador, como o artigo 468, parágrafo único, que dispõe sobre a prerrogativa de reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança, o artigo 469, ao tratar da transferência de local de trabalho e o artigo 474, que admite a suspensão disciplinar do empregado.

O poder diretivo do empregador é o exato anverso da subordinação jurídica<sup>3</sup> do empregado e tem sido conceituado sob perspectivas diversas pela doutrina. Amauri Mascaro Nascimento leciona que é a “faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”<sup>4</sup>. De outro lado, Octavio Bueno Magano defende que o poder diretivo deve ser

---

<sup>2</sup> Optamos pelo uso do termo *poder diretivo* em razão de sua consagração doutrinária, embora alguns autores prefiram outras terminologias, como *poder hierárquico*, *poder de comando*, *poder intra-empresarial* ou, ainda, *poder empregatício*.

<sup>3</sup> Segundo Homero Batista Mateus da Silva, a “subordinação jurídica” pode ser conceituada como “o conjunto de ordens emitidas pelo empregador e que devem ser respeitadas pelo empregado, mantidos os padrões civilizatórios da dignidade e da decência e supondo-se que as ordens digam respeito à organização e aos métodos a serem adotados naquele ambiente de trabalho, quer se trate de uma atividade econômica, quer se trate de um lar ou de uma casa de caridade, por exemplo.” O doutrinador ainda pondera que a subordinação pode ser representada, geometricamente, por círculos concêntricos. O núcleo duro desses círculos seria a subordinação mais intensa, própria do contrato de trabalho. A partir dos círculos seguintes surgiriam outros círculos em que a subordinação vai se tornando cada vez menos intensa, até o seu desaparecimento por completo. No segundo ou terceiro círculos estariam aqueles trabalhadores que costumam ser denominados “parassubordinados”, isto é, aqueles que não se enquadram na definição de “empregado”, mas guardam os mesmos aspectos de vulnerabilidade e certas características comuns, tais como necessidade do trabalho como fonte de subsistência, habitualidade e pessoalidade na prestação de serviços. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Parte Geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 28-31. Para Otávio Pinto e Silva, “o critério da subordinação jurídica considera o poder de comando e de direção do empregador: a subordinação seria o aspecto passivo desse poder. A atividade do empregado consistiria em se deixar guiar e dirigir segundo os fins desejados pelo empregador. O poder de comando seria o aspecto ativo, e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica.” SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 14.

<sup>4</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 664.

visto como “capacidade” e não como “faculdade”, por entender que a última é mero atributo do direito, de sorte que não pode ter extensão maior do que o objeto a ser definido. Para Magano, o poder diretivo é a “capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades daquela”<sup>5</sup>. Já para Mauricio Godinho Delgado, o poder no âmbito intra-empresarial deve ser visto como uma “relação contratual complexa”<sup>6</sup>, não concentrado exclusivamente nas mãos do empregador, mas tendendo para essa concentração<sup>7</sup>.

Quatro principais correntes doutrinárias foram construídas acerca da natureza jurídica do poder diretivo. Foi-lhe atribuída a natureza de direito potestativo, direito subjetivo, poder hierárquico e direito-função.

Nota característica do direito potestativo é sua eficácia automática, ou seja, a possibilidade de ser exercido por mera declaração de vontade de seu titular, o que produz um estado de sujeição do sujeito passivo<sup>8</sup>. Essa corrente reconhece ao empregador o exercício do poder diretivo a seu bel-prazer, conforme sua vontade, à qual o empregado deve se submeter através de um dever de obediência. Essa teoria predominou, essencialmente, durante o século XIX e até meados do século XX, quando se asseguravam poderes quase absolutos ao empregador. Contudo, mesmo na segunda metade do século XX, alguns doutrinadores chegaram a atribuir ao poder diretivo a natureza jurídica de direito potestativo<sup>9</sup>.

A segunda corrente atribui ao poder diretivo a natureza de direito subjetivo. Refere-se à autorização conferida pelo ordenamento jurídico ao titular do poder diretivo para exercê-lo nos estritos limites da norma legal. Ou seja, esse poder não redundava na criação de normas auto-regulamentadoras, mas na possibilidade de atuação do empregador

---

<sup>5</sup> MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder diretivo da empresa*. Tese. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 94.

<sup>6</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, p. 193.

<sup>7</sup> *Id.*, *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 631.

<sup>8</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>9</sup> Dentre eles, destacamos Manuel Alonso Olea, para quem o poder diretivo é o direito potestativo que o contrato de trabalho confere ao empresário de dar ordens sobre o modo, tempo e lugar de execução do trabalho. ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho Del Trabajo*. 3.ed. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Seccion de Publicaciones, 1974, p. 186.

dentro dos parâmetros fixados pelas normas<sup>10</sup>. Ao exercício desse direito subjetivo pelo empregador contrapõe-se a obrigação<sup>11</sup> do empregado, o que representa certo avanço em relação ao estado de sujeição, proposto pela vertente anterior. Sujeição é diferente da obrigação, posto que a obrigação implica uma ação no sentido do cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, ao passo que a sujeição traduz-se numa impotência do sujeito passivo em face do sujeito ativo<sup>12</sup>. Não obstante, esse avanço não foi muito significativo, porque não ultrapassou “a percepção unilateral, rígida e assimétrica do fenômeno, já que mantém no empresário a isolada titularidade de uma vantagem propiciada pela conduta em conformidade com a ordem jurídica”<sup>13</sup>. Embora a conceituação de poder diretivo como direito subjetivo tenha restado majoritariamente superada, essa posição também pode ser encontrada modernamente na doutrina<sup>14</sup>.

A terceira vertente, a ideia de poder hierárquico, surge atrelada às experiências autoritaristas do século XX. Funda-se na “concepção da empresa como organização autônoma, mas condicionada aos fins superiores da produção nacional, dirigida pelo Estado”<sup>15</sup>, resquício do corporativismo. Nessa compreensão, que não mais prevalece, o empregador era tido como “intérprete e condutor dos interesses da instituição”<sup>16</sup>, a quem cumpria o empregado se submeter hierarquicamente.

Essas três correntes foram incapazes de responder ao processo de conquista democrática da empresa vivenciado ao longo do século XX, sendo apenas compatíveis à

---

<sup>10</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, p. 19.

<sup>11</sup> Segundo lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a “obrigação” pode ser entendida como “a relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credora).” GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. v. II. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 15.

<sup>12</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>13</sup> DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 183.

<sup>14</sup> E.g., Irazy Ferrari. O autor justifica sua posição trazendo à baila as lições de Luiz José de Mesquita, para quem “a faculdade ou poder de ação ou direito subjetivo é também uma obrigação de todos os que ocupam funções superiores na empresa.” E conclui: “e que direito será esse, se não o direito subjetivo que alberga a faculdade de agir de conformidade com o direito objetivo ou positivo, que em última análise, é o que decorre do ordenamento legal e/ou jurídico do país?” FERRARI, Irazy. *Fundamentos e Exercício do Poder Disciplinar do Empregador*. In: PINTO, José Augusto Rodrigues (org.). *Noções Atuais de Direito do Trabalho - Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995, pp. 164-165.

<sup>15</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, p. 114.

<sup>16</sup> DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 184.

configuração despótica de organização intra-empresarial<sup>17</sup>. De fato, foi somente com o surgimento da quarta corrente que passou a ser contemplada a ideia de participação democrática no âmbito da empresa. A concepção do poder diretivo como direito-função atribui ao empregador a tarefa de agir, não no seu exclusivo interesse, mas tendo em conta o interesse do conjunto de trabalhadores, de forma que o poder diretivo é melhor compreendido enquanto um dever. Jean Dabin elucida que a função não suprime o direito mas tão somente o coloca a seu serviço, exatamente como ocorre com o direito de propriedade que, por se vincular à realização de um determinado fim, nem por isso deixa de ser direito de propriedade<sup>18</sup>.

Magano salienta que somente essa concepção é capaz de explicar as restrições pelas quais o poder diretivo vem passando ao longo dos anos, tais como restrição da liberdade de contratação, de administração e de dispensa: “a orientação atual dos sistemas jurídicos parece ser no sentido da contestação do direito potestativo de despedir, transmudando-o em matéria de interesse coletivo, a ser regulamentada mediante negociação ou por normas estatais imperativas”<sup>19</sup>. Inobstante essa última previsão ainda não se tenha consubstanciado por completo, entendemos que a sua fundamentação permanece válida, posto que não seria possível conceber o poder diretivo como direito potestativo em face das inúmeras restrições impostas pela legislação ao seu exercício, como a obrigatoriedade de contratação de quota mínima de deficientes e aprendizes, ao lado da própria garantia de emprego a gestantes, membros da comissão interna de prevenção de acidentes, acidentados, integrantes de comissão de conciliação prévia, além das disposições impostas pelas fontes autônomas em decorrência da negociação coletiva.

É preciso ter em conta, porém, como bem pontuado por Homero Batista Mateus da Silva, que mesmo as leis de cotas reservadas para aprendizes ou pessoas portadoras de deficiência mantém com o empregador o poder diretivo, posto que a ele caberá a escolha da pessoa contratada, ainda que o leque de opções se mostre mais restrito. O doutrinador pondera que mesmo as leis de combate à discriminação ou a eventual exigência de fundamentação da rescisão contratual, embora restrinjam em certo grau o

---

<sup>17</sup> *Id. Ibid.*, p. 185.

<sup>18</sup> Dabin Jean *apud* MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>19</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, p. 30.

poder diretivo, não o eliminam por completo, tampouco o transferem ao empregado<sup>20</sup>. Para ele, “a autonomia da vontade, que permeia o contrato de trabalho, não restou eliminada, mas reduzida ou limitada”<sup>21</sup>.

A teoria do direito-função também está em consonância com a função social do contrato, como esclarece Alice Monteiro de Barros. E a função social mitiga o princípio da autonomia contratual, pois o empregador, enquanto chefe do empreendimento, deverá exercer sua autoridade tendo em vista a “boa marcha da empresa”<sup>22</sup>.

De outro lado, Maurício Godinho Delgado defende que o avanço proporcionado pela teoria do direito-função ainda é tímido pois, embora reconheça a interação dialética no âmbito da empresa, preserva o unilateralismo, dado que o titular do direito ainda é o mesmo e único: o empregador. E acrescenta que essa concepção revela uma antinomia com o processo democratizante por negar a ideia de cidadania, que “inexiste sem a correlata concepção de sujeito ativo, dado que o cidadão traduz-se precisamente no indivíduo que se torna também sujeito ativo de um processo de formação de vontade política e titular de direitos em um contexto social.” Na concepção do autor, o poder diretivo deve ser visto como uma “relação jurídica contratual complexa e variável, subjetiva e objetivamente.” Para ele, o poder intra-empresarial não é um poder do empregador, mas uma “relação de poder própria a uma realidade sócio-econômica e jurídica específica, a relação de emprego. É, assim, um “poder empregatício”, um poder específico à relação e contrato empregatícios e não a um único de seus sujeitos”<sup>23</sup>.

Em nossa concepção, o poder diretivo deve ser visto como direito-função, isto é, como o poder-dever do empregador de dirigir a prestação de serviços tendo em conta não somente seus interesses pessoais, mas também os interesses de toda a comunidade de trabalho. Nesse sentido, julgamos que o poder diretivo pode ser definido como a capacidade atribuída ao empregador de exercer as atividades referentes à administração da empresa, determinação de seu funcionamento, regulamentação das condições de trabalho, fiscalização de sua execução e aplicação de sanções disciplinares aos empregados, tendo

---

<sup>20</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 28.

<sup>21</sup> *Id. Ibid.*, p. 134.

<sup>22</sup> BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 585.

<sup>23</sup> DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, pp. 186-191.

em vista não apenas seus interesses singulares, mas também aqueles atinentes à comunidade de trabalho e tendo em conta, ainda, as restrições impostas tanto pela lei, quanto pelas associações representativas dos interesses obreiros ao seu exercício.

## 1.2. Fundamentos do poder diretivo

Delineados o conceito e a natureza jurídica do poder diretivo, passemos ao debate acerca dos seus fundamentos jurídicos. Não nos referimos ao fundamento legal do instituto que, como já mencionado, tem por base, essencialmente, o artigo 2º, *caput*, da CLT. Mas, por “fundamentos”, fazemos menção à “causa ou fator que confere título e substrato à própria existência do fenômeno e que permite sua incorporação pelo universo normativo vigente”<sup>24</sup>. Nesse sentido, trataremos das principais teorias a respeito do tema: propriedade privada, institucionalista, publicística, contratualista e legal.

A teoria da propriedade privada encontra o fundamento do poder diretivo no direito de propriedade do empregador sobre os bens da empresa. O empregador é considerado soberano em sua empresa pelo fato de ser o proprietário do estabelecimento. Essa teoria da propriedade privada encontrou importantes adeptos da doutrina pátria,<sup>25</sup> mas atualmente não é a tese majoritária na doutrina e na jurisprudência, visto que esse fundamento mais se aproximava das relações escravistas e servis do que da relação de emprego.

Já a teoria institucionalista surgiu da experiência autoritarista do entreguerras na Europa Ocidental. Segundo a teoria, o fundamento do poder diretivo está na ideia de colaboração entre empregado e empregador com vistas a um objetivo comum, superior a

<sup>24</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 640.

<sup>25</sup> Nesse sentido, é o entendimento de Evaristo de Moraes Filho: “Não há dúvida, que dentro do seu estabelecimento, é um empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sob o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negocio (...). Tudo o mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar.” MORAES FILHO, Evaristo *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 665. Ainda nessa linha, o entendimento de José Martins Catharino, que encontra o fundamento do poder do empregador na ideia de propriedade privada, embora admita que ele deva ser exercido nos limites do contrato: “O direito hierárquico do empregador (...) fundamenta-se na propriedade privada, pouco importando se ele não o exerce diretamente. Essa é sua causa primeira ou eficiente, mas a instrumental é o contrato de emprego. A posição inicial de cada empregado na hierarquia da empresa é aquela fixada pela via contratual. As posteriores, mais elevadas, dependem do empregador no exercício do seu *ius* (direito, e não poder) *variandi*, dentro dos limites normativos e contratuais; da vontade do empregado em cada situação concreta ou da sua autolimitação genérica, existindo quadro de pessoal organizado em carreira.” Pondera, ainda, o mesmo autor: “o empregador age na empresa no seu próprio interesse. Nem seria concebível que alguém agisse contra aquilo que é seu.” CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 115.

seus interesses particulares: os fins da empresa<sup>26</sup>. A empresa é vista como instituição, isto é, um “empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social”<sup>27</sup> e, para contribuir com o desenvolvimento dessa instituição, todos os membros da empresa - empregados e empregador - devem cooperar. Essa teoria também não se adequa à relação de emprego nos moldes em que é concebida atualmente, posto que possui um caráter muito mais político e social do que jurídico<sup>28</sup>.

A concepção publicística é uma variante da teoria institucionalista e também teve espaço nas experiências autoritaristas do século XX. Segundo essa concepção, o poder diretivo, especialmente o poder disciplinar, consiste em uma delegação do poder público ao empregador. Essa visão, já superada, pretendia apreender principalmente o poder disciplinar que, se não fosse compreendido enquanto “delegação do poder público”, poderia recair em uma justiça privada<sup>29</sup>.

Para a teoria contratualista, o fundamento do poder diretivo é encontrado na autonomia de vontade das partes, a qual se consubstancia na celebração do contrato de trabalho, escrito ou tácito. Essa posição vem se consolidando na doutrina moderna desde a segunda metade do último século<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Luiz José de Mesquita, grande defensor dessa teoria entre nós, assevera: “Esse poder hierárquico é um direito institucional, inerente à pessoa investida de autoridade. Somente pela teoria da instituição ele se justifica. Toda a sua natureza é institucional, nada tendo de contratual.” MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 43.

<sup>27</sup> Hauriou Maurice *apud* MESQUITA, Luiz José de, *op. cit.*, p. 43.

<sup>28</sup> MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho Del Trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 359.

<sup>29</sup> FREITAS, Cândido Gomes *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 644.

<sup>30</sup> Délio Maranhão defende que o poder de direção e de comando devem ser exercidos nos limites do contrato. MARANHÃO, Délio. SÜSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 22<sup>a</sup> ed. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2005, p. 247. Arion Sayão Romita leciona que o poder disciplinar do empregador encontra seu fundamento, em última análise, no contrato de trabalho, o qual dá origem à relação de trabalho caracterizada pela subordinação jurídica. ROMITA, Arion Sayão *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, p. 171. Mozart Victor Russomano ressalta que o empregador deve cumprir as condições contratuais, sob pena de o obreiro ser um “joguete em suas mãos”. E acrescenta: “Esse poder despótico, outrora admitido, é hoje recusado, porque repugna à natureza bilateral da relação de emprego, na qual duas ou mais vontades soberanas acordaram determinados pontos, que só poderão ser removidos pela força conjugada das mesmas vontades que os estipularam.” RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1978, p. 122. Alice Monteiro de Barros também assevera que, atualmente, a teoria contratualista é a mais consistente. BARROS, Alice Monteiro, *op. cit.*, p. 584. Mauricio Godinho Delgado destaca que o fundamento do poder diretivo se encontra no contrato, pois sem ele sequer existiria a relação entre empregado e empregador. Não obstante, para esse último autor, a visão contratualista tradicional há que ser alinhada com a ideia contemporânea de *autonomia privada coletiva*, noção que inicialmente não foi contemplada pela concepção civilista clássica.



Por fim, importante destacar que alguns autores<sup>31</sup> inscrevem-se na vertente legal. Para esses autores, o poder diretivo não deriva do contrato de trabalho, mas da própria lei, que assegura que o empregador deve dirigir a prestação pessoal de serviço (artigo 2º, *caput*, CLT). Dessa disposição legal decorrem tanto o poder diretivo do empregador, quanto a subordinação do empregado.

Em nossa compreensão, a teoria contratualista é a que oferece o melhor fundamento jurídico para o poder diretivo. A teoria da propriedade privada já não mais se sustenta. A própria Constituição Federal consagrou a função social do direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXIII), que não pode mais ser exercido ao bel-prazer do titular do direito. Com muito mais razão, no direito do trabalho, norteado pelo princípio protetivo, essa teoria se torna insustentável. O mero fato de ser o empregador proprietário dos meios de produção, não é suficiente para lhe conferir o poder diretivo, visto que encontrará óbice na observância dos direitos da personalidade e, no que nos interessa mais de perto, no direito à intimidade do empregado. As concepções institucionalista e publicística, visto que intrinsecamente atreladas às experiências autoritaristas do século XX, hoje também já não mais se justificam, dado o atual contexto democrático que invade a esfera intra-empresarial. Quanto à teoria legal, entendemos que constitui o fundamento último do poder diretivo que, no entanto, só se aperfeiçoa pelo contrato de trabalho, tácito

---

Defende que, não obstante o contrato seja bilateral em sua origem, ele é dinâmico, podendo se *multilateralizar* pela intervenção de outras vontades. Dentre elas, o autor menciona a vontade coletiva obreira, através de mecanismos de negociação coletiva e pelos instrumentos de representação operária nos locais de trabalho. Essa atuação do *ser coletivo obreiro* é que confere fundamento político ao poder intra-empresarial. DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregaticio*. São Paulo: LTr, 1996, pp. 172-175. Nesse sentido, também é o entendimento de Octavio Bueno Magano. “Podemos afirmar que o fundamento do poder disciplinar é o pluralismo democrático, se cujo ponto de vista se há de conceber a sociedade como composta de vários centros de poder, colocados em níveis inferiores ao Estado, mas dotados de autonomia. (...) O poder, na sua acepção mais ampla, significa decisão ou conjunto de decisões adotadas com o fito de satisfazer os objetivos do grupo. A coesão e a própria sobrevivência deste exige que tais decisões sejam observadas, ou seja, requer que se cumpram coercitivamente.” MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, pp. 154-155.

<sup>31</sup> Dentre eles, Elson Gottschalk, para quem o poder do empregador deriva, não do contrato, nem da empresa enquanto instituição ou qualquer outro fundamento, mas da própria lei, isto é do art. 2º, *caput*, da CLT: “Tanto o poder regulamentar quanto o poder disciplinar dimanam do direito de direção geral reconhecido pela ordem jurídica ao empregador. É esse direito de direção geral que revela, claramente, o estado de subordinação do empregado e constitui o elemento característico do contrato de trabalho.” GOTTSCHALK, Elson *apud* FERRARI, Irany. *op. cit.*, p. 168. No mesmo sentido, o entendimento de Irany Ferrari: “Parece-me curial que é dessa conceituação legal (art. 2º CLT) do empregador que exsurge seu poder de impor a disciplina interna em seu estabelecimento/ou empresa, exatamente porque a ele cabe assumir os riscos de sua atividade econômica ou a ela equiparada.” (grifo nosso) FERRARI, Irany, *op. cit.*, pp. 167-168. Montoya Melgar, a propósito do ordenamento jurídico espanhol, posiciona-se pela teoria contratual, mas também entende que a fonte última de tal poder emana da lei, que quis colocar nas mãos do empregador a organização e disciplina do trabalho na empresa. MELGAR, Alfredo Montoya, *op. cit.*, p. 359.

ou expresso, posto que esse será o instrumento hábil a submeter o empregado às ordens do empregador. De fato, sem o contrato não haveria qualquer relação entre empregador e empregado.

### 1.3. Divisão do poder diretivo

A doutrina tem proposto a divisão do poder diretivo em algumas vertentes, a fim de melhor compreender seus desdobramentos no âmbito empresarial.

Alguns doutrinadores optam pelo critério bipartido, mencionando apenas o poder de direção e o poder disciplinar, como Cesarino Júnior<sup>32</sup>. Modernamente, Alice Monteiro de Barros defende o mesmo critério. Para ela existem somente o poder de direção e o poder disciplinar, sendo que o poder de fiscalização nada mais é do que uma das faculdades compreendidas no poder diretivo<sup>33</sup>.

Outros doutrinadores adotam critérios tripartido, a exemplo de Délio Maranhão, que vislumbra a existência do poder de direção, poder de controle e poder disciplinar<sup>34</sup>. Amauri Mascaro Nascimento propõe a divisão em poder de organização, poder disciplinar e poder de controle<sup>35</sup>. Octavio Bueno Magano adota a fragmentação em poder de organização, poder diretivo *stricto sensu* e poder disciplinar<sup>36</sup>.

Há, ainda, autores que preferem o critério quadripartido, como Mauricio Godinho Delgado, que propõe a divisão em poder diretivo (ou poder organizativo), poder regulamentar, poder fiscalizatório (ou poder de controle) e poder disciplinar<sup>37</sup>.

No presente estudo, adotaremos o critério tripartido entre poder de direção (*stricto sensu*), poder de controle e poder disciplinar, o qual passamos a examinar.

---

<sup>32</sup> CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 54.

<sup>33</sup> BARROS, Alice Monteiro, *op. cit.*, p. 583.

<sup>34</sup> MARANHÃO, Délio, *op. cit.*, p. 247.

<sup>35</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, pp. 664-667.

<sup>36</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, p. 98.

<sup>37</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 644.

### 1.3.1. Poder de direção *stricto sensu*

A empresa é uma “organização complexa que combina os fatores da produção, de modo que ao empregador cabe dar unidade no empreendimento, moldando-o para que cumpra as diretrizes a que se propõe”<sup>38</sup>. O contrato de trabalho, ainda que escrito, não contem as minúcias das atividades a serem desempenhadas pelo empregado, ao contrário, possui grande margem de indeterminação, donde decorre, para o empregador, “um direito de direção contínua sobre a atividade do empregado, durante o curso da relação”<sup>39</sup>. Portanto, é necessário que no dia-a-dia da empresa, o empregador emita ordens pelas quais o empregado deve se orientar.

O poder de direção consiste, assim, na especificação das tarefas a serem exercidas pelo empregado, na definição do horário, do local de trabalho, enfim, na definição de todos os afazeres necessários ao desempenho da atividade empresarial aos quais o empregado se obrigou via contrato de trabalho. Pelo exercício do poder diretivo, “o empregador dá destinação concreta às energias de trabalho (...) que o prestador é obrigado a colocar e a conservar à disposição da empresa da qual depende”<sup>40</sup>.

Alguns autores enxergam o poder regulamentar como uma das manifestações do poder de direção, embora outros doutrinadores prefiram enquadrá-lo como uma quarta esfera do poder diretivo. O poder regulamentar consiste na prerrogativa de fixar as normas de caráter geral aplicáveis na empresa. Manifesta-se, comumente, através de um regulamento interno, que pode contar com a participação dos empregados em sua elaboração, embora seja mais frequentemente elaborado pelo empregador. Mas não se exaure no regulamento, “manifestando-se também em circulares, avisos e instruções”<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 664.

<sup>39</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 110.

<sup>40</sup> SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. Elson Gottschalk (trad.). São Paulo: LTr, 1976, p. 207.

<sup>41</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, p. 111.

### 1.3.2. Poder de controle

Délio Maranhão ensina que, assim como o *poder de direção* corresponde ao *dever de obediência* do empregado, o *poder de controle* demanda os deveres de *obediência, diligência e fidelidade*<sup>42</sup>.

A finalidade do poder de controle é a de obter o exato cumprimento das ordens dadas pelo empregador. O empregador exerce poder de controle quando acompanha a atividade do empregado, velando para que seja executada conforme instruções a ele fornecidas, complementa ou retifica as mesmas instruções<sup>43</sup>, confere a marcação dos horários de entrada e saída no serviço por meio de cartões ou livro de ponto, realiza prestação de contas de empregados vendedores ou controle de qualidade de peças produzidas pelo empregado<sup>44</sup>, além de mecanismos de controle por meio de circuito interno de televisão e revistas, dentre outros.

### 1.3.3. Poder disciplinar

O poder disciplinar consiste na possibilidade de aplicação de sanções disciplinares ao empregado em caso de inadimplência do contrato de trabalho. Trata-se do corolário dos demais poderes do empregador, como esclarecem Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>45</sup>.

Muito já se debateu acerca da legitimidade desse poder, havendo doutrinadores que chegaram a não admiti-lo por entender que o poder disciplinar pertenceria exclusivamente ao Estado, não sendo extensível a particulares. Contudo, atualmente, a própria CLT enumera a suspensão (artigo 474 CLT) e a dispensa (artigo 482 CLT) como modalidades de sanções disciplinares<sup>46</sup>, não deixando espaço para dúvidas sobre a consagração desse poder.

---

<sup>42</sup> MARANHÃO, Délio, *op. cit.*, p. 247.

<sup>43</sup> MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, p. 118.

<sup>44</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 667.

<sup>45</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, *op. cit.*, p. 109.

<sup>46</sup> A advertência decorre da prática, visto que mais branda do que a suspensão e a dispensa. Não se admite multa, exceto para o atleta profissional. A transferência punitiva também não é tolerada.

O ordenamento jurídico brasileiro inspira-se no critério taxativo, visto que a CLT prevê, expressamente, as figuras das infrações trabalhistas. No entanto, para Maurício Godinho Delgado, o princípio da tipificação legal dos ilícitos e penas (princípio do direito penal) foi apenas parcialmente assimilado pela ordem jurídica trabalhista. Isso porque se admite o papel criativo das normas autônomas sempre que produzidas em benefício do empregado, a exemplo da advertência, o que está em consonância com o princípio protetivo do direito do trabalho<sup>47</sup>. O mesmo autor pondera que ainda estamos em fase “semiprimitiva” quanto ao exercício do poder disciplinar, posto que a legislação não prevê qualquer procedimento especial para aferição de faltas e aplicação de penas (excetuada a situação do estável). Também não prevê mecanismos de co-participação no instante de aplicação de penalidade no âmbito empregatício. Ao contrário, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta do empregado para lhe atribuir a penalidade, sem necessidade de observância de um mínimo procedimento que assegure sua defesa<sup>48</sup>. Por isso, defende a possibilidade de dosagem da pena pelo juiz porque, se ao magistrado é permitido anular a sanção, com muito mais razão poderia dosá-la<sup>49</sup>. Esse também é o entendimento de Délio Maranhão. Para o autor, uma punição excessiva aplicada a uma falta leve pode configurar abuso de direito, razão pela qual admite a dosagem da pena por aplicação analógica do artigo 413 do Código Civil<sup>50</sup>. No entanto, não é esse o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência, que tolera apenas a anulação (ou não) da penalidade, sem admitir sua dosagem pelo magistrado<sup>51</sup>.

#### **1.3.4. Limites ao poder diretivo**

O escopo do presente trabalho é delinear os limites ao poder diretivo do empregador quando em confronto com o direito à intimidade do empregado, bem como definir o papel do empregador diante do conflito entre o direito à intimidade e outros direitos fundamentais no ambiente de trabalho. Tal análise pormenorizada terá espaço no capítulo 5. Por enquanto, importa registrar que o poder diretivo está adstrito a limites, não

---

<sup>47</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, pp. 666-669.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 672-673.

<sup>49</sup> *Id.*, *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, pp. 679-681.

<sup>50</sup> MARANHÃO, Délio, *op. cit.*, p. 247. O art. 413 do Código Civil dispõe: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

<sup>51</sup> *E.g.* MAGANO, Octávio Bueno, *op. cit.*, p. 187.

podendo ser exercido ao bel-prazer do empregador, como anteriormente se admitia em regimes autoritaristas.

A doutrina tem procurado delinear esses limites. Manuel Alonso Olea, a propósito do ordenamento espanhol, ensina que existe uma limitação básica e genérica *ratione materiae* ao exercício desse poder: as ordens devem ser relativas ao trabalho ou intimamente relacionadas a ele. Ordens de outra natureza escapam ao poder do empregador. O doutrinador leciona que existe uma presunção geral *iuris tantum* de que toda ordem sobre o trabalho é legítima, do que decorre o dever de obediência do empregado, sem prejuízo de sua impugnação, caso sejam lesivas ou abusivas. Se assim não fosse, o trabalhador se converteria em definidor de suas próprias obrigações. No entanto, assevera que essa presunção se limita às ordens sobre o trabalho amparadas no contrato, porque somente a elas o trabalhador deve obediência, nisso consistindo a diferença entre o trabalhador livre e o servo<sup>52</sup>.

Luisa Riva Sanseverino, acerca do diploma italiano, pondera que a origem contratual do poder diretivo legitima um certo controle sobre as ordens recebidas pelo trabalhador. Dessa feita, o trabalhador é titular de certo *jus resistentiae*, isto é, pode recusar-se a obedecer, quando o empregador exceda os limites legitimados pelas ordens dadas<sup>53</sup>.

O ordenamento jurídico português delinea dois limites principais ao poder diretivo do empregador: o contrato de trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. O primeiro limite encontra previsão no artigo 121.º, n.º 1, alínea *d* do Código do Trabalho, onde se estabelece o dever de o trabalhador obedecer ao empregador, assim como no artigo 150.º do CT, que alude ao poder de direção. Já o segundo limite pode ser vislumbrado no artigo 128.º, alínea *e*, do CT, que dispõe que o trabalhador deve cumprir as ordens do empregador, salvo na medida em que se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias. Pedro Romano Martinez assinala que “o trabalhador não deve obediência ao empregador sempre que as ordens ou instruções se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> ALONSO OLEA, Manuel, *op. cit.*, p. 187-188.

<sup>53</sup> SANSEVERINO, Luisa Riva, *op. cit.*, p. 208-209.

<sup>54</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 612. Importante esclarecer que, com a versão reformada do Código do Trabalho (2009), os artigos do CT mencionados nessa citação são, respectivamente, art. 129 e art. 14º e ss.

Ressalta que o poder de direção deverá atender “à reserva de intimidade da vida privada do trabalhador (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição) e ao reconhecimento do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação e à imagem que é conferido a todas as pessoas (artigo 26.º, n.º 1, da CRP)”<sup>55</sup>.

A respeito do nosso ordenamento jurídico, Orlando Gomes e Elson Gottschalk ponderam que o poder diretivo está limitado, de um lado, pela lei, pelas fontes de produção profissional e mista e pelo próprio contrato individual do trabalho e, de outro, pela finalidade do direito de direção<sup>56</sup>. Délio Maranhão destaca que a personalidade do empregado não se anula com o contrato de trabalho, donde decorre o *jus resistentiae*. Assim, ele pode, legitimamente, recusar-se ao cumprimento de uma ordem “que o coloque em grave risco, que fuja à natureza do trabalho contratado, que o humilhe ou diminua moralmente, que seja ilícita, ilegal ou de execução extraordinariamente difícil”<sup>57</sup>.

Portanto, podemos elencar três limites principais impostos ao poder diretivo: a lei (incluindo-se aqui os instrumentos coletivos), o contrato de trabalho e os direitos da personalidade<sup>58</sup> do empregado. A legislação configurará limite quando as ordens emanadas do empregador forem ilícitas ou de execução extraordinariamente difícil. O contrato de trabalho surgirá como limite quando o empregador lhe exigir serviço dissonante do contratado. É evidente que pequenas oscilações poderão ser admitidas, até em decorrência da boa-fé contratual mas, como regra geral, o empregador deverá se ater ao contratado. E os direitos da personalidade despontam como terceiro limite, sendo legítimo o *jus resistentiae* quando a ordem colocar o empregado em risco, humilhá-lo ou diminuí-lo moralmente. Nesse trabalho analisaremos, especificamente, a limitação imposta pelo direito à intimidade do empregado, o qual se insere dentre os direitos da personalidade.

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 612. Com a versão reformada do Código do Trabalho (2009), os artigos do CT mencionados nessa citação são, respectivamente, art. 129 e art. 14º e ss.

<sup>56</sup> GOTTSCHALK, Elson *apud* FERRARI, Irany, *op. cit.*, p. 168.

<sup>57</sup> MARANHÃO, Délio, *op. cit.*, p. 247.

<sup>58</sup> Preferimos tratar dos direitos da personalidade como um terceiro limite, separadamente da legislação (primeiro limite) em vista da teoria jusnaturalista, segundo a qual os direitos da personalidade são anteriores à legislação (portanto, não dependem de seu reconhecimento pelo legislador para funcionarem com limite ao poder diretivo).

## 2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O estudo da Teoria Geral dos Direitos da Personalidade mostra-se necessário visto que a natureza jurídica, os fundamentos e as características do gênero “direitos da personalidade” também se aplicam à espécie “direito à intimidade”, razão pela qual dedicamos o presente capítulo ao estudo do tema.

### 2.1. Terminologia

Diversos epítetos já foram empregados para fazer referência ao conjunto de direitos inerentes à pessoa humana. Já foram utilizadas, dentre outras expressões, direitos individuais, direitos da individualidade, direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, direitos da própria pessoa, direitos de estado, e direitos personalíssimos<sup>59</sup>. Contudo, em nosso país, a opção do legislador recaiu sobre a expressão “direitos da personalidade”, atualmente consagrada no Código Civil de 2002.

### 2.2. Evolução histórica

O reconhecimento dos direitos da personalidade é recente historicamente, porém as contribuições à sua formulação remontam à antiguidade. A filosofia grega forneceu importante subsídio para a compreensão de que existem direitos inatos à personalidade humana, desenvolvendo a teoria do direito natural: “expressão ideal dos valores morais como ordem superior ao direito positivo”<sup>60</sup>. O direito romano, por seu turno, introduziu a percepção da personalidade como decorrência da lei. Através de interditos como a *actio injuriarum* resguardavam-se a honra, a liberdade, o nome e as relações familiares do indivíduo. O alargamento das finalidades da *actio injuriarum*, que inicialmente destinava-se apenas à tutela da integridade física, decorreu do trabalho dos pretores. Já no período romano clássico surgiram leis específicas tutelando a privacidade do indivíduo, como a *Lex Cornelia*, a *Lex Aquilia* e a *Lex Fábria*<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade – Coordenadas Fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Letras*. Rio de Janeiro, a.VII. n.4, 1993, p. 38.

<sup>60</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, GAGLIANO. Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. v. I. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 141.

<sup>61</sup> CARNAVAM, Fernando Leone. *Tutela dos Direitos da Personalidade no Direito do Trabalho*. Dissertação de Mestrado. Orientação de Amauri Mascaro Nascimento. USP, 2002, p. 14.



No período medieval, a Carta Magna inglesa (1215) consagrou direitos próprios a cada ser humano em face dos detentores do poder, aproximando-se mais da ideia de liberdades públicas. Com o advento do Cristianismo, foi introduzida a ideia de fraternidade universal, dando novo impulso ao reconhecimento dos direitos da personalidade. O renascimento acentuou a afirmação da pessoa humana e o jusnaturalismo ressaltou a existência de direitos inatos ao homem, os quais devem ser respeitados pelo Estado, independentemente de sua consagração pelo ordenamento positivo.

Em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, novo impulso foi dado à defesa dos direitos individuais e à valorização da pessoa humana em face do Estado, sob a forma de direitos políticos, na esteira da filosofia iluminista.

Já no século XX, com o fim da segunda guerra mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade, resguardando-os na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas<sup>62</sup>.

Os direitos da personalidade, enquanto categoria, somente foram definidos por juristas alemães na segunda metade do século XIX, especialmente por Gareis e Kohler, que os designaram por *individualrechte* ou *personalitätsrechte*, isto é, “direitos individuais” ou “direitos da personalidade,” como leciona Limongi França<sup>63</sup>. O primeiro diploma a tratar dos direitos de personalidade enquanto categoria jurídica foi a lei romena de 18 de março de 1895, a qual dispôs sobre o direito ao nome. Em seguida, o código alemão de 1º de janeiro de 1900 tutelou o mesmo direito. Posteriormente, o código suíço de 10 de dezembro de 1907 disciplinou o direito à designação personativa. No entanto, o grande avanço no tratamento do instituto veio, apenas, com o código italiano de 1939-1942 que, no livro *Delle Persone e Della Famiglia*, introduziu seis artigos tutelando o direito sobre o próprio corpo, o direito ao nome, a tutela do direito ao nome, a tutela do direito ao nome por razões familiares, o direito ao pseudônimo, o direito à imagem. Na América Latina, o

---

<sup>62</sup> Não obstante o seu reconhecimento pelo Estado, no âmbito do direito privado, a consagração desses direitos foi muito lenta, como leciona Maria Helena Diniz. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

<sup>63</sup> O autor esclarece, ainda, que também foram utilizadas as expressões *individualitätsrechte* e *persönlichkeitsrechte*, respectivamente, “direitos da individualidade” e “direitos sobre a própria pessoa.” FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, pp. 321-322.

código peruano de 1936 foi o pioneiro no tratamento da matéria, trazendo seis artigos sobre a proteção do nome<sup>64</sup>.

Entre nós, não houve tratamento sistemático da matéria no Código Civil de 1916 e, embora o anteprojeto de Orlando Gomes (1963) cuidasse dos direitos da personalidade nos arts. 29 a 37, a matéria apenas veio a ser inserida no ordenamento positivo brasileiro com o Código Civil de 2002 (arts. 11 a 21).

### 2.3. Natureza jurídica

A natureza jurídica dos direitos da personalidade já foi bastante discutida na doutrina havendo autores que chegaram a negar a sua existência, sob o argumento de que o direito do homem sobre sua própria pessoa justificaria o suicídio. No entanto, atualmente, prevalece o reconhecimento desses direitos. Para alguns doutrinadores, são poderes que o homem exerce sobre si próprio sendo, ao mesmo tempo, sujeito e objeto do direito. Outros, entendem que são direitos sem sujeito, isto é, que não devem ser buscados no próprio sujeito, mas no respeito imputado às outras pessoas<sup>65</sup>.

Adriano De Cupis rejeita a teoria segundo a qual os direitos da personalidade se reduziriam a um *jus in se ipsum*, isto é, direito sobre a própria pessoa a qual, para o autor, confunde sujeito e objeto. Tal teoria é contrária ao critério da identificação dos direitos subjetivos, acolhida pelo autor, visto que o objeto dos direitos subjetivos só pode ser um bem. Para o autor, o objeto dos direitos da personalidade não é exterior ao sujeito, mas nem por isso se confunde com a própria pessoa. Isto é, os bens da personalidade e a pessoa não são idênticos, pois o modo de ser da pessoa não é o mesmo que a pessoa em si<sup>66</sup>.

Também para José Castan Tobeñas, o objeto dos direitos da personalidade não se encontra na própria pessoa de seu titular, tampouco nas demais pessoas vinculadas a uma obrigação passiva universal de respeito a tais direitos. Para o autor, o objeto se

---

<sup>64</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade – Coordenadas Fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Letras*. Rio de Janeiro, a. VII, n.4, 1993, p. 13.

<sup>65</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 136.

<sup>66</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. JARDIM, Adriano Vera e CAEIRO, Antonio Miguel (trad.). Lisboa: Lisboa Morais Editora, 1961, pp. 15, 17, 23-25.

encontra nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico<sup>67</sup>. A tese de Tobeñas prevalece atualmente. Entre nós, dentre outros juristas, defende-a Orlando Gomes, para quem “nada impede que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial”<sup>68</sup>. Segundo o autor, “não há outra explicação para eliminar a objeção de que nos direitos de personalidade, sujeito e objeto se confundem”<sup>69</sup>.

#### 2.4. Fundamentos jurídicos

Acerca dos fundamentos jurídicos dos direitos da personalidade, digladiam correntes naturalistas e positivistas.

Adriano de Cupis assevera que os direitos da personalidade são apenas aqueles reconhecidos pelo ordenamento jurídico, isto é, são direitos de natureza positiva. Isso porque a essencialidade dos direitos está intimamente ligada ao meio social. Nesse sentido, mudando a consciência moral, altera-se o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade. Portanto, para o autor, é somente ao repercutir no ordenamento positivo que os direitos da personalidade encontram o atributo da essencialidade, merecendo então uma disciplina apta a assegurar-lhes proeminência em relação a todos os outros direitos da pessoa<sup>70</sup>. Ensina o catedrático italiano que, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tenha consagrado a existência de direitos próprios ao homem pela sua natureza, atualmente, não se pode mais falar de direitos inatos, pois a evolução do Estado Moderno acabou por dar força jurídico-positiva aos direitos outrora concebidos como preexistentes ao estado social. Dessa feita, hoje em dia, é o ordenamento jurídico-positivo que atribui aos indivíduos determinados direitos subjetivos, pelo fato de possuírem personalidade jurídica. E, somente nesse sentido, é que poderiam ser considerados “inatos”. Assim, todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento jurídico. Porém,

---

<sup>67</sup> TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de La Personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1952, p. 18.

<sup>68</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 136.

<sup>69</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 136.

<sup>70</sup> DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 18.

enquanto para alguns se requer determinados requisitos (direitos derivados ou adquiridos), para outros basta a personalidade jurídica<sup>71</sup>.

Entre nós, Orlando Gomes defende a corrente positivista. Entende que a teoria dos direitos de personalidade “somente se liberta de incertezas e imprecisões se sua construção se apoia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos”<sup>72</sup>.

De outro lado, Limongi França encontra fundamento para esses direitos no direito natural, isto é, reconhece que existem outros direitos da personalidade além daqueles disciplinados no ordenamento positivo. O autor pondera, trazendo à baila o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que existem outras fontes de direitos, além do ordenamento positivo<sup>73</sup>.

Carlos Alberto Bittar também se inscreve na corrente naturalista. Entende que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado somente o seu reconhecimento e definição de sanções, tutelando-o conforme o tipo de relacionamento a que se volte, isto é, contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares<sup>74</sup>. Bittar afirma que esses direitos existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem. Ocorre que, ao galgarem o patamar constitucional, passando para a categoria de liberdades públicas, recebem um sistema de proteção próprio. O mesmo se dá no campo privado com sua inserção em códigos ou em leis, o que lhes garante proteção mais eficaz, mas não lhes determina a existência<sup>75</sup>.

No mesmo sentido, Estevão Mallet pondera que o silêncio do legislador acerca dos direitos da personalidade apenas evidencia menor desenvolvimento da ciência jurídica,

---

<sup>71</sup> *Id., ibid.*, pp. 18-20.

<sup>72</sup> GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 137.

<sup>73</sup> DE CUPIS, Adriano *apud* LIMONGI FRANÇA, Rubens, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>74</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.7.

<sup>75</sup> *Id., ibid.*, p.8.

mas não inibe, de nenhuma maneira, a afirmação de sua existência<sup>76</sup>. Igualmente, Fredie Didier Júnior destaca que o opção pela corrente jusnaturalista confere maior elasticidade a certas situações não imaginadas pela mente humana (e, portanto, não positivadas), principalmente em decorrência da evolução científica e tecnológica pela qual passa a sociedade. Para o autor, essa corrente responde melhor à pretensa universalidade desses direitos aspirada pela Declaração de Direitos. Isto é, há um mínimo de direitos que não pode ficar sem a proteção do Estado, a despeito de inexistir previsão legislativa ou mesmo que exista previsão legislativa nacional em sentido contrário. Por essa razão, as questões das meninas africanas mutiladas e das meninas muçulmanas francesas geraram polêmica em todo o mundo, embora tais violações à integridade física e à dignidade humana fossem permitidas pelos ordenamentos positivos nacionais. O combate internacional a tais situações torna difícil a adoção da tese positivista<sup>77</sup>.

Em vista dos argumentos expostos, também nos posicionamos pela vertente jusnaturalista. De toda sorte, tendo em vista que o direito à intimidade ou vida privada, que interessa ao presente estudo, já encontra amparo no ordenamento positivo do país (artigo 5º, X, CF, artigo 21 CC e artigo 373-A, VI, CLT), não nos deteremos mais nesse debate.

## 2.5. Conceito

Antes de buscarmos o conceito de “direitos da personalidade”, é mister adentrarmos ao exame do conceito de “personalidade”. Estatui o diploma civil brasileiro em seu artigo 2º: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Destarte, todo ser humano possui personalidade. Seu início coincide com a concepção com vida e se estende até a morte<sup>78</sup>. Maria Helena Diniz leciona que o vocábulo “pessoa” deriva da palavra latina *persona*, que designava a máscara teatral utilizada para fazer ressoar mais intensamente a voz do ator. Esclarece que, mais tarde, *persona* passou a exprimir a própria atuação do papel representado pelo ator e, por fim, passou a indicar o

---

<sup>76</sup> MALLET, Estevão. Direitos da Personalidade e Direito do Trabalho. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Porto Alegre, a.I, v.I, ago.2004, p.12.

<sup>77</sup> DIDIER, Fredie *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>78</sup> Embora a ordem jurídica admita situações em que a coincidência não é exata, valendo-se da personalidade fictícia, tal como sucede nos casos do nascituro e do ausente.

próprio homem que representava o papel. Assim, na acepção jurídica atual, denota a pessoa como todo ente físico ou moral suscetível de direitos e obrigações<sup>79</sup>.

Para Orlando Gomes, a personalidade é um atributo jurídico, ou seja, é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições da atividade jurídica humana e dos limites a que se deve circunscrever<sup>80</sup>. Washington de Barros Monteiro assevera que a personalidade pode ser entendida como as características que distinguem a pessoa como ser humano, ao mesmo tempo em que integra a sociedade e o gênero humano<sup>81</sup>. Caio Mário da Silva Pereira esclarece que não se há que falar em “direito à personalidade”, visto que a personalidade não é um direito, mas dela irradiam direitos, “sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações”<sup>82</sup>.

Delineado o sentido de personalidade, adentremos ao conceito de direitos da personalidade. Adriano de Cupis ensina que todos os direitos, em princípio, poderiam ser designados direitos da personalidade, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade. Entretanto, o linguajar jurídico reservou essa designação àqueles direitos subjetivos cuja função é especial relativamente à personalidade, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Isto é, direitos sem os quais a personalidade restaria irrealizada e sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo. Isso significa que, se eles não existissem, a própria pessoa não existiria como tal. Daí a designação “direitos essenciais”<sup>83</sup>.

Para Rubens Limongi França, direitos da personalidade “dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”<sup>84</sup>. Carlos Alberto Bittar considera como da personalidade aqueles direitos reconhecidos à pessoa humana “tomada em si mesma e em

---

<sup>79</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 115.

<sup>80</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 127.

<sup>81</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 96.

<sup>82</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 241.

<sup>83</sup> DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 17.

<sup>84</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens, *op. cit.*, p. 37.

suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”<sup>85</sup>. Orlando Gomes compreende que se tratam de “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”<sup>86</sup>. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam tais direitos como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”<sup>87</sup>.

Em síntese, os direitos da personalidade podem ser compreendidos como os direitos que abrangem o conjunto de caracteres que compõem a própria personalidade do indivíduo, compreendida em suas projeções física, intelectual e moral. Como bem observado por Adriano de Cupis: direitos que, se não existissem, fariam com que a própria pessoa não existisse como tal<sup>88</sup>.

## 2.6. Características

Observa-se certa unanimidade entre os doutrinadores, tanto positivistas, quanto naturalistas, acerca dos caracteres dos direitos da personalidade. Para ambas as correntes, tais direitos são absolutos, gerais, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários, inexpropriáveis e vitalícios. Para a corrente naturalista são, ainda, ilimitados.

O caráter absoluto refere-se à sua oponibilidade *erga omnes*, isto é, ao dever geral de abstenção imposto à toda coletividade, que deve respeitá-los. A generalidade decorre do fato de pertencerem a toda e qualquer pessoa. São, também, intransmissíveis e irrenunciáveis por expressa disposição legal<sup>89</sup>. São intransmissíveis porque não podem ser, onerosa ou gratuitamente, cedidos a outrem<sup>90</sup>. Já a irrenunciabilidade indica que o sujeito

---

<sup>85</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p.1.

<sup>86</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 134.

<sup>87</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 136.

<sup>88</sup> DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 17.

<sup>89</sup> Com efeito, dispõe o art. 11 do Código Civil: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

<sup>90</sup> Ressalte-se que certos direitos são suscetíveis de cessão de uso, tais como o direito à imagem, porém “não se trata de transferência do direito em si, mas apenas da sua faculdade de uso,” segundo lições de Gagliano e

não pode abdicar de tais direitos, mas não significa que esses direitos não estejam sujeitos a qualquer restrição, já que “inexiste direito fundamental (...) imune a toda e qualquer limitação”<sup>91</sup>.

São, ainda, extrapatrimoniais “pela ausência de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente”<sup>92</sup>, o que não impede certas manifestações pecuniárias, como se dá com os direitos autorais. A imprescritibilidade informa que os direitos da personalidade não se extinguem pelo não uso<sup>93</sup>. A impenhorabilidade indica que tais direitos são insuscetíveis de penhora. São, ainda, necessários e inexpropriáveis, “pois, por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana”<sup>94</sup>. Nesse sentido, também são vitalícios porque, em regra, terminam com o óbito de seu titular, embora certos direitos sobrevivam mesmo após a morte, tais como, imagem, honra e direito moral do autor<sup>95</sup>.

Por fim, para a corrente naturalista, tais direitos são ilimitados (ou *numerus apertus*), ou seja, novos direitos da personalidade podem ser reconhecidos além daqueles arrolados pelo ordenamento positivo.

## 2.7. Classificação dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade tem recebido diversas classificações doutrinárias. Orlando Gomes divide-os em dois grupos: direitos à integridade física e direitos à integridade moral. O primeiro grupo, direitos à integridade física, engloba o direito à vida e o direito sobre o próprio corpo, o qual, por sua vez, subdivide-se em direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas, compreendendo os direitos de decisão sobre

---

Pamplona. E tal cessão deve, ainda, respeitar a vontade do titular. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 148.

<sup>91</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 224.

<sup>92</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 146.

<sup>93</sup> Essa característica não deve ser confundida com a prescritibilidade da pretensão de reparação quando violado algum direito da personalidade. Assim, se a violação consistir em ato único, nascerá, nesse momento, a pretensão correspondente para o titular do direito, que se extinguirá pela prescrição no prazo de 3 anos (art. 206, parágrafo 3º, V, CC). GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 149.

<sup>94</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>95</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 121.



tratamento médico e cirúrgico. O segundo grupo, direitos à integridade moral, abrange o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor<sup>96</sup>.

Limongi França adota extensa classificação quanto aos aspectos fundamentais da personalidade, dividida em 3 grandes grupos: direitos relativos à integridade física, integridade intelectual e integridade moral. No grupo dos direitos concernentes à integridade física inserem-se direito à vida, subdividido em direito à concepção e à descendência; direito ao nascimento; direito ao leite materno; direito ao planejamento familiar; direito à proteção do menor; à alimentação; à habitação; à educação; ao trabalho; ao transporte adequado; à segurança física; ao aspecto físico da estética humana; à proteção médica e hospitalar; ao meio ambiente ecológico; ao sossego; ao lazer; ao desenvolvimento vocacional profissional; ao desenvolvimento vocacional artístico; à liberdade física; ao prolongamento artificial da vida; à reanimação; à velhice digna; e relativos ao problema da eutanásia. Inserem-se, ainda, nesse grupo, o direito ao corpo vivo, subdividido em direito ao espermatozoide e ao óvulo; ao uso do útero para procriação alheia; ao exame médico; à transfusão de sangue; à alienação de sangue; ao transplante; relativos à experiência científica; ao transexualismo; relativos à mudança artificial de sexo; ao débito conjugal; à liberdade física; e ao “passe” esportivo. Por fim, ainda dentro do grupo dos direitos atinentes à integridade física, insere-se o direito ao corpo morto, subdividido em: direito ao sepulcro; à cremação; à utilização científica; ao transplante; e ao culto religioso. No segundo grupo, direito à integridade intelectual, o autor insere o direito à liberdade de pensamento; direito de autor; de inventor; de esportista; e de esportista participante de espetáculo público. Por fim, no terceiro grupo, direito à integridade moral, inscrevem-se direito à liberdade civil, política e religiosa; à segurança moral; à honra; à honorificência; ao recato; à intimidade; à imagem; ao aspecto moral da estética humana; ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; à identidade pessoal, familiar e social; à identidade sexual; ao nome; ao título; ao pseudônimo; e à alcunha<sup>97</sup>.

Carlos Alberto Bittar, partidário da corrente naturalista, ressalta que a contínua alimentação da categoria demanda a adoção de posição flexível, tornando possível a inclusão de novos direitos. Nesse sentido, o autor distribui os direitos da personalidade em

---

<sup>96</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 138.

<sup>97</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens, *op., cit.*, pp. 45-46.

direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. Os primeiros referem-se a componentes materiais da estrutura humana ou integridade corporal, compreendendo: o corpo como um todo os órgãos, os membros, a imagem ou efigie. Os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade, isto é, integridade psíquica, compreendendo: a liberdade, a intimidade, o sigilo. Os últimos, respeitantes a atributos valorativos da pessoa na sociedade, ou seja, o patrimônio moral, compreendendo a identidade, a honra e as manifestações do intelecto<sup>98</sup>.

## **2.8. Direitos da personalidade na legislação brasileira**

A Constituição Federal de 1988, embora não albergue o termo “direitos da personalidade”, arrola alguns desses direitos, enfocando-os como direitos fundamentais ou liberdades públicas. Inicialmente, em seu artigo 1º, inciso III, institui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. No artigo 5º enumera os direitos à vida, liberdade, igualdade (*caput*), resguarda a integridade física e moral (inciso III), garante a livre manifestação do pensamento (inciso IV), tutela a liberdade de crença (incisos VI e VIII), assegura a inviolabilidade da vida privada, honra, intimidade (inciso X), o sigilo da correspondência (inciso XII), dentre outros.

A sistematização da matéria enquanto categoria, no entanto, somente foi introduzida em 2002, com o advento do novo Código Civil. Assim, mister salientar que, inobstante as inúmeras críticas de que foi alvo e a despeito das deficiências que traz em seu bojo, como os paradoxos e a própria desatualização, não se pode negar que o diploma civil representa uma mudança de mentalidade<sup>99</sup>. O novo diploma dedicou onze artigos aos direitos da personalidade, regulando em síntese: a intransmissibilidade e irrenunciabilidade desses direitos (artigo 11); cessação de sua violação ou ameaça de violação, bem como perdas e danos (artigo 12); impossibilidade de disposição do próprio corpo, salvo por

---

<sup>98</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p.17.

<sup>99</sup> Lucas Lixinski esclarece que, no novo código, o direito civil deixa de ter como sujeito o homem-proprietário para ter como sujeito o homem-ser-humano, dotado de dignidade inerente. Para o autor, “a expansão da sociedade, a massificação das relações e, em particular, a percepção de que a maioria dos homens não é proprietário levaram a uma mudança de foco, vindo a descobrir-se a personalidade humana como aspecto inerente à natureza humana.” LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 27, set.2006, p. 201.

exigência médica (artigo 13); possibilidade de disposição após a morte (artigo 14); não submissão a tratamento médico que implique risco de vida (artigo 15); proteção do nome e do pseudônimo (arts. 16 a 19); vedação de divulgação de escritos, transmissão da palavra ou publicação de imagem de pessoa, quando não autorizado (artigo 20); e inviolabilidade da vida privada (artigo 21).

Imperativo notar que o Código Civil deixou de tutelar inúmeros direitos da personalidade, pincelando somente alguns deles. Contudo, adotada posição naturalista que reconhece outros direitos além daqueles elencados no ordenamento positivo, a ausência da enumeração de outros direitos não importa prejuízo à sua tutela. Como assevera Washington de Barros Monteiro, trata-se de referência meramente exemplificativa, visto que esses direitos são inumeráveis, dinâmicos e variáveis no tempo e no espaço: “o fato de não estar mencionado na Constituição ou no Código Civil não significa que não exista, ou que não goze de proteção legal”<sup>100</sup>.

De qualquer forma, tal inserção no diploma civil deve ser enaltecida, pois revela importante modificação axiológica em comparação com o diploma de 1916. A nova codificação deixa de ter um caráter essencialmente patrimonial para se preocupar com o indivíduo, em sintonia com o espírito da Constituição de 1988<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 96.

<sup>101</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 135.

### 3. DIREITO À INTIMIDADE

#### 3.1. Origem e evolução

Antes do século XIX, não se identifica uma proteção jurídica à intimidade do indivíduo enquanto atributo de sua personalidade, muito embora a concepção de que certos aspectos da vida privada devem ser resguardados dos sentidos alheios possa ser vislumbrada até mesmo em civilizações antigas. A civilização grega, por exemplo, chegou a reconhecer a separação entre a esfera pública e a vida privada do cidadão, embora não tenha concebido uma proteção jurídica para a última. O direito romano também chegou a tutelar elementos ínsitos à ideia de intimidade, tais como a proteção à família, ao domicílio e à correspondência.

A Magna Carta de 1215, no período medieval, também prenunciou aspectos da privacidade ao assegurar que nenhum homem livre seria privado de suas terras, banido ou molestado, senão por julgamento legítimo. Essa previsão seria a base para a posterior enunciação do princípio *man's house is his castle*, em 1604, em julgamento proferido por Lord Coke na Inglaterra<sup>102</sup>.

Durante Estado liberal burguês, a proteção à intimidade evoluiu, mas atrelada à concepção de propriedade, dentro do ideário burguês. Porém, o termo “propriedade” possuía, como revelam certos textos iluministas, um sentido muito mais amplo do que denota atualmente incluindo a vida, o corpo, coisas referentes à afeição conjugal, bens e meios de vida<sup>103</sup>. Nesse sentido, muitos julgados anteriores ao século XIX faziam referência ao direito de propriedade para resguardar aspectos atinentes à vida privada.

Destarte, somente no século XIX a intimidade restou formulada como atributo da personalidade humana. Costuma-se atribuir a primeira formulação doutrinária acerca do tema aos juristas norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, através de um artigo publicado na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890. No

---

<sup>102</sup> O caso envolvia a tentativa de execução de uma dívida, a qual foi frustrada pela proibição do ingresso do xerife na propriedade do executado. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 35.

<sup>103</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 39.

entanto, não se pode passar ao largo das contribuições europeias sobre o tema que influenciaram fortemente os dois teóricos norte-americanos<sup>104</sup>.

Na França, nos anos 1850, surgiram alguns casos envolvendo o direito à imagem. Em seguida, em 1867, o direito francês incorporou a discussão sobre a privacidade das relações amorosas, donde decorreu o princípio de que temos um direito sagrado e inalienável sobre nós mesmos, e, conseqüentemente, sobre a reprodução de nossa imagem. Esses casos destacavam que o direito de imagem das pessoas era distinto do direito de propriedade<sup>105</sup>. Já entre os juristas alemães, no final do século XIX, o elemento de maior interesse residia na honra, tratada através do direito ao insulto, ao lado do direito de propriedade artística, os quais se baseavam nas lições do direito romano sobre a injúria<sup>106</sup>.

Quanto à matriz norte-americana, Warren e Brandeis analisaram o confronto entre o direito à privacidade e a liberdade de imprensa, examinando alguns precedentes judiciais e, valendo-se das lições do juiz Thomas Cooley acerca do *right to be let alone*, dissertaram sobre o direito de não sofrer invasões na esfera familiar. Os autores qualificaram o direito à privacidade como um dos atributos da personalidade humana, mas ressaltaram que esse direito não impediria a publicação de informações que fossem relevantes ao interesse público.

O artigo de Warren e Brandeis impulsionou, no início do século XX, a criação de inúmeras leis norte-americanas vedando a publicação do nome e da imagem dos indivíduos, por periódicos, sem sua autorização. A jurisprudência norte-americana também passou a se valer das ideias consagradas pelos autores e, em 1928, o próprio Louis Brandeis, então juiz da Suprema Corte americana, pôde aplicar suas ideias no caso *Olmstead v. U.S.* 277 U.S. 438 (1928)<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Vieira, José Ribas *et al.* *Direitos à Intimidade e à Vida Privada. Laboratório de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 105.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 91-92.

<sup>107</sup> Caso que teve por escopo analisar a constitucionalidade do “grampo” efetuado por policiais sobre as conversas telefônicas mantidas entre supostos envolvidos no comércio ilícito de bebidas alcoólicas. O julgamento tornou-se importante em razão do voto vencido de Brandeis que considerou, ao contrário da maioria da Suprema Corte, que o fato da fiação estar fisicamente fora de propriedade particular não afastava a proteção à intimidade e que as comunicações telefônicas mereciam a mesma proteção conferida à correspondência selada.

Todavia, o estágio de elaboração do direito à intimidade ainda se mostrava muito heterogêneo de um país para outro e mesmo dentro dos diversos estados norte-americanos<sup>108</sup>. Buscando uniformizar o tratamento da matéria, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de maio 1948, consagrou, em seu artigo 5º, a proteção da vida privada e familiar. Mas foi somente em 10 de dezembro de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o direito à privacidade foi elevado ao patamar de direito fundamental reconhecidamente em nível global. Dispôs a Declaração em seu artigo XII:

Art. XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Nos anos seguintes, inúmeros documentos internacionais se ocuparam do tema. Entre nós, destaca-se a Convenção Americana de Direito Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), celebrada em 22 de novembro de 1969, que reforçou a previsão da Declaração de 1948, em seu artigo 11:

Art. 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

A Organização Internacional do Trabalho também não se furtou à análise do tema. Em 1970, através da Resolução VII, manifestou preocupação com o direito à intimidade dos trabalhadores ante a utilização de meios de controle eletrônicos pelos empregadores, durante 54ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra<sup>109</sup>. Já no final do século XX, em 1996, a OIT editou um Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores que fornece orientação quanto à elaboração de leis, regulamentos, instrumentos coletivos quanto ao tratamento de dados na esfera empresarial. O repertório manifesta a necessidade

---

<sup>108</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p. 80.

<sup>109</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 84.

de disposições no âmbito nacional visando a proteger a dignidade dos candidatos ao emprego, dos empregados e ex-empregados<sup>110</sup>.

### 3.2. Conceito

Pontes de Miranda leciona que “cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros”<sup>111</sup>. Nesse sentido, entende que “todos tem direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devesse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública”<sup>112</sup>.

Adriano de Cupis entende que a esfera íntima do indivíduo é aquela em que ele desenvolve sua vida em circunstâncias e em ambiente subtraídos ao exame de terceiros. O autor distingue o direito ao resguardo do direito à honra. O resguardo é o “modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”<sup>113</sup>. De outro lado, a honra engloba tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos demais<sup>114</sup>. Nesse sentido, a “pessoa é defendida contra o exame e a indiscrição alheios, mesmo se, por tais vias, a sua dignidade não for comprometida”<sup>115</sup>. Para o autor, no direito ao resguardo está compreendida, genericamente, a subtração da imagem pessoal ao conhecimento do público e o direito ao segredo, especialmente no aspecto da correspondência. Esclarece que certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros. Não é apenas ilícito o divulgar tais manifestações, mas também o tomar conhecimento delas<sup>116</sup>.

Contrariamente ao mestre italiano, Carlos Alberto Bittar entende que o direito à intimidade pode ser definido em si, com um núcleo próprio, distinto de outros direitos

---

<sup>110</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.31.

<sup>111</sup> PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 124.

<sup>112</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 125.

<sup>113</sup> De Cupis, Adriano, *op. cit.*, p. 129.

<sup>114</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 111.

<sup>115</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 139.

<sup>116</sup> *Id.*, *ibid.*, p.147.

como imagem ou segredo. O autor define direito à intimidade como “mecanismo de defesa da personalidade humana contra injunções, indiscrições ou intromissões alheias”<sup>117</sup>.

Paulo José da Costa Júnior estabelece diferença entre “esfera individual” (proteção à honra) e “esfera privada” (proteção contra a indiscrição). A esfera individual, para ou autor, serve à proteção da personalidade dentro da vida pública. Dentre as manifestações da esfera individual o autor elenca o direito ao nome e à reputação. De outro lado, na proteção da vida privada cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, em seu mundo particular, à margem da vida exterior<sup>118</sup>. Trata-se da intimidade que é o direito de estar só, isto é, “é o direito do indivíduo, querendo, ser deixado em paz, sem o importúno da curiosidade ou da indiscrição”<sup>119</sup> ou, ainda, “aspiração do indivíduo de conservar a sua tranquilidade de espírito, aquela sua paz interior, que uma publicidade ou um intromissão alheia viriam a perturbar”<sup>120</sup>. Para o autor, é possível falar-se em uma intimidade exterior e noutra interior. A primeira é aquela de natureza psíquica, é a intimidade de que o homem desfruta abstraído-se da multidão que o engloba, mesmo estando em companhia. A intimidade interior é aquela que o indivíduo goza materialmente, apartado de seus semelhantes<sup>121</sup>.

### 3.3. Intimidade e privacidade

Não há unanimidade entre os doutrinadores quanto à utilização dos termos intimidade e privacidade<sup>122</sup> como expressões sinônimas ou distintas.

René Ariel Dotti esclarece que a construção do direito à intimidade como um círculo mais restrito do direito à vida privada provém da França, onde a Lei 17.7.1970 conferiu proteção a essa esfera mais restrita. Não obstante, as novas modalidades de

---

<sup>117</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.* pp.106-107.

<sup>118</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Agressões à intimidade. O episódio Lady Di*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 23-24.

<sup>119</sup> *Id., ibid.*, pp.12-14.

<sup>120</sup> *Id., ibid.*, p. 24.

<sup>121</sup> *Id., ibid.*, pp.12-14.

<sup>122</sup> Paulo José da Costa Júnior esclarece que, em bom vernáculo, a palavra derivada de privativo é privatividade, não privacidade, que é anglicismo de *privacy*. Destarte, o autor prefere o emprego de intimidade ou recato, como faz o Código Penal português. Ou ainda solidão, soledade, suidade, termos que empresta de Miguel Reale. *Id., ibid.*, p.11.



invasão tecnológica criaram a necessidade de proteção da esfera mais lata e fizeram com que, também nesse país, a maioria dos autores passassem a utilizar as expressões como sinônimas. Já entre autores italianos, ingleses e americanos, a intimidade é usada em sentido lato para designar a vida privada, o que é consequência da própria ausência de uma clara definição do que seja intimidade. Assim, em sua obra sobre o tema, Dotti emprega as denominações direito à vida privada, direito à intimidade da vida privada e direito à privacidade como sinônimas<sup>123</sup>.

A doutrina alemã divide a vida particular em três esferas. O âmbito maior envolve a esfera privada propriamente dita, que é a esfera privada *stricto sensu* (*privatsphäre*). Nessa esfera estão compreendidos os comportamentos que o indivíduo não deseja que se tornem do domínio público. Fora da esfera privada estão os episódios de natureza pública, que se acham ao alcance da coletividade em geral. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos não gozam da tutela da intimidade, pois estão juridicamente excluídos do campo dos delitos de indiscrição (*indiskretionsdelikt*). No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*vertrauenssphäre*) ou esfera confidencial (*vertraulichkeitssphäre*), da qual participam apenas as pessoas do convívio íntimo do indivíduo. Por último, no âmago da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra indiscrição: a esfera do segredo (*geheimsphäre*), esfera do qual participam apenas os amigos muito chegados. Portanto, essa última merece proteção ainda mais intensa<sup>124</sup>.

Santos Cifuentes, que considera como sinônimas as expressões intimidade e vida privada, explica que não há sentido em distinguir as expressões, senão quando tal distinção encontra respaldo no ordenamento, tal como o exemplo francês, que prevê sanções diferentes para as duas figuras<sup>125</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê sanções diferentes para as duas figuras, embora a Constituição cuide de elencar as duas expressões separadamente (artigo 5º, X, CF/88). A doutrina pátria sobre o tema se divide.

---

<sup>123</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidades e Limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp.67-70.

<sup>124</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>125</sup> CIFUENTES, Santos *apud* Simón, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 75.

Para Paulo José da Costa, na expressão direito à intimidade são tutelados dois interesses que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. Entende o autor que o direito tutelado é o mesmo, conquanto com ligeiras tonalidades diversas, consistente a diferença na modalidade de agressão. Tratam-se de dois momentos do mesmo direito subjetivo. Por isso, o doutrinador não vê razão para se denominar diversamente ambas as esferas privadas, preferindo denominá-las de direito à intimidade<sup>126</sup>.

De outro lado, Félix Ruiz Alonso entende que a intimidade é o âmbito interior da pessoa mais recôndito, secreto, inacessível. Para o autor, a intimidade é um estágio pré-jurídico, mas o direito respeita a intimidade, embora para ele desconhecida. Ainda segundo o autor, somente a privacidade situa-se no âmbito jurídico, pois nesse âmbito a pessoa já confeccionou atos visíveis, cognoscíveis. Assim, para o autor diferença entre os conceitos está relacionada com os atos humanos. Os atos humanos são preparados na intimidade e, uma vez elaborados, permanecem no interior (esfera da intimidade) ou se exteriorizam (esfera da privacidade)<sup>127</sup>.

Nesse sentido também o entendimento de Wanderlei de Paula Barreto, para quem a intimidade é o núcleo pétreo, isto é, aquele mais impenetrável da vida privada, inabalável por qualquer outro direito individual. Assim, o direito à privacidade é gênero, do qual o direito à intimidade é espécie. Para o autor, o direito à vida privada de uma pessoa pode ser analisado sob um prisma negativo, que atinge todas as demais pessoas com o dever de se absterem de quaisquer intromissões ou iniciativas tendentes a invadir a intimidade, e também por um enfoque positivo, posto que se reconhece à pessoa o direito de autodeterminação quanto ao modo como deseja conduzir sua vida privada, definindo quantas e quais pessoas dela participarão e em que condições<sup>128</sup>.

Igualmente, para Alexandre de Moraes, o direito à privacidade abrange o direito à intimidade, podendo esse último ser definido como aquele que se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade,

---

<sup>126</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>127</sup> ALONSO, Félix Ruiz. *Pessoa, Intimidade e o Direito à Privacidade*. In: *Direito à Privacidade*. MARTINS FILHO. Ives Gandra e MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, PP. 17-18.

<sup>128</sup> BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 171-173.

enquanto o último envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho e de estudo<sup>129</sup>.

Já para Carlos Alberto Bittar, no direito à intimidade pode ser divisada a proteção à privacidade, na medida da “elisão de qualquer atentado a aspectos particulares ou íntimos da vida da pessoa, em sua consciência, ou em seu circuito próprio, compreendendo-se o seu lar, a sua família e a sua correspondência”<sup>130</sup>.

Conquanto em nosso país seja majoritário o posicionamento doutrinário que prefere distinguir as expressões, especialmente aquele que entende ser a intimidade uma espécie do gênero privacidade, valemo-nos das lições de Santos Cifuentes expostas acima para entender que, não havendo consequências jurídicas diversas previstas para a violação da intimidade ou da privacidade em nosso ordenamento, tal como ocorre no ordenamento francês, não há qualquer consequência prática na adoção da referida distinção. Por esse motivo, no presente trabalho, as expressões vida privada, privacidade e intimidade serão empregadas como sinônimas.

### 3.4. Alcance

O direito à intimidade limita a inserção de terceiros na esfera privada ou íntima da pessoa, isto é, como esclarece Carlos Alberto Bittar, ficam protegidos dados pessoais, confidências, recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida amorosa e conjugal, saúde (física e mental), afeições, entretenimentos, costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno circuito de amizade)<sup>131</sup>.

Wanderlei de Paula Barreto enumera, de forma não exauriente, as hipóteses de ofensas ou ameaças ao direito à intimidade sintetizadas abaixo<sup>132</sup>:

- a) incômodos das vendas a domicílios e da entrega de mala-direta contendo material erótico ou pornográfico;

---

<sup>129</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 135.

<sup>130</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, pp.106-107.

<sup>131</sup> *Id.*, *ibid.*, pp.107-108.

<sup>132</sup> BARRETO, Wanderlei de Paula, *op. cit.*, pp.177-180.

- b) emissões sonoras em volume considerável, visto que obrigam os moradores a ouvirem propaganda indesejada;
- c) pedidos de doações, pesquisas e vendas por telefone (telemarketing), gravações de mensagens de pessoas ou empresas desconhecidas em secretárias eletrônicas, aparelhos de fax e correio eletrônico;
- d) “turbação moral” ou *mobbing* no ambiente de trabalho;
- e) conhecimento e transmissão de informações pessoais por meios inidôneos e não conscientemente consentidos pelo ofendido, que se utilizam de meios eletrônicos de som e imagem para vigiar a vítima ou se socorrem de testes psicológicos ou de avaliação da personalidade, em processos de recrutamento e seleção de pessoal, da hipnose, detectores de mentira e de processos e técnicas subliminares fomentados pelas ciências da psicologia e da psiquiatria voltados à obtenção de dados pessoais;
- f) vigilância a que particulares se submetem através de câmeras de vídeos, principalmente se gravadas e armazenadas as imagens obtidas.

Ressalte-se que as ofensas à intimidade tendem a multiplicar-se em razão da evolução tecnológica e informática, sendo inumeráveis as hipóteses de sua violação atualmente.

### 3.5. Características e limitações

O direito à intimidade reveste-se das características gerais dos direitos da personalidade, sendo importante destacar sua característica de direito negativo, isto é, direito consistente na não-exposição ao conhecimento de terceiros da esfera privada de alguém<sup>133</sup>.

René Ariel Dotti elenca os seguintes traços essenciais do direito à intimidade: a) é direito originário (em oposição aos direitos adquiridos), isto é, são naturais e existe em qualquer tempo e lugar, não podendo ser modificado por nenhuma autoridade; b) é direito da personalidade; c) é direito subjetivo, isto é, confere ao seu titular a faculdade de agir ou não agir de certo modo; d) é direito público e privado, tendo caráter misto pelo fato de ter suas normas reguladas tanto pelo campo do direito público, quanto pelo campo do direito privado<sup>134</sup>; e) é direito absoluto, porque pode ser oposto contra todas as pessoas; f) é

---

<sup>133</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p.108.

<sup>134</sup> O autor se vale das lições de Cabral de Moncada para distinguir o Direito Público do Direito Privado. Entende que a qualidade da norma que atribui o direito e na qual ele se funda é critério preponderante para

direito extrapatrimonial, o que não exclui consequências econômicas decorrentes de indenizações por atos ilícitos; e g) é direito imprescritível, isto é, de um lado o indivíduo não perde o direito por não tê-lo exercido e, de outro, tal direito não está sujeito a usucapião<sup>135</sup>.

Embora seja, em regra, indisponível, tal como os demais direitos da personalidade o são, a doutrina tem proposto diversas limitações ao direito à intimidade, principalmente quando em confronto com outros direitos fundamentais. Assim, posto que integrante de uma coletividade, o indivíduo deve se submeter às delimitações requeridas pela vida em comum. Como leciona Canotilho, os direitos da personalidade estão sujeitos a “uma metódica de ponderação proporcional e de concordância prática no caso de conflito com outros direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionalmente protegidos da comunidade e do Estado”<sup>136</sup>.

Carlos Alberto Bittar ressalta que a disposição da intimidade será possível mediante o consentimento para a divulgação, expresso em documento hábil e com as delimitações próprias. Quanto à pessoa dotada de notoriedade, tais como políticos, atletas ou artistas, entende que poderá haver revelação de fatos de interesse público independentemente de sua autorização, desde que se refiram ao exercício de sua atividade, não sendo autorizada a invasão em sua esfera domiciliar. Nesse caso, leciona que há redução espontânea dos limites da privacidade<sup>137</sup>. Ensina, ainda, que o interesse coletivo prevalece sobre o interesse particular, porém não se pode sacrificar indevidamente o interesse particular. Tolera-se, assim, o constrangimento em domicílio mediante ordem judicial, a divulgação de fatos pessoais que impliquem interesse científico, histórico ou artístico, a redação de biografia de pessoa famosa, dentre outros que atendam ao interesse público<sup>138</sup>. O sistema jurídico também legitima a revista pessoal em aeroportos e outras formas de controle pelo poder público, posto que é dever do Estado conceder segurança a

---

distinguir um ramo do outro, afastando o critério do interesse envolvido, bem como do sujeito a quem pertence o interesse. DOTTI, René Ariel, *op. cit.*, p. 100.

<sup>135</sup> DOTTI, René Ariel. *op. cit.*, p. 96-105.

<sup>136</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “Reality Shows” e liberdade de programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 50-51.

<sup>137</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p.108.

<sup>138</sup> *Id.*, *ibid.*, pp.110-111.

seus cidadãos e “o direito à segurança é outro componente intrínseco à personalidade humana”<sup>139</sup>

Paulo José da Costa Júnior ressalta que as delimitações da esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela. Para o autor, o sacrifício do direito à intimidade se valida quando o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público. Justificariam tais sacrifícios certos fins policiais, científicos, didáticos e culturais. Assim, num conflito entre o direito de autor, que tem natureza patrimonial, e o direito à imagem, que se destina à proteção de um bem pessoal, prevalece este último. Pondera, ainda, que esse sacrifício equivale à mera redução da intimidade, mas não sua eliminação, visto que a esfera mais íntima da vida privada será inviolável mesmo diante do interesse público. Nesse sentido, o autor exemplifica que seria lícita a publicação de fotografia do evadido de cárcere ou de pessoa procurada pela Polícia ou pela Justiça, mas não seria razoável a divulgação de fotografia de um condenado que já tivesse recebido a pena. De outro lado, explica que o consentimento do titular do direito à intimidade fornecido para determinado fim e para pessoas específicas, poderá autorizar a invasão da esfera privada, ainda que tal consentimento vise retribuição econômica, desde que não implique agressão à dignidade humana<sup>140</sup>. O mesmo autor ainda ressalta, quanto ao confronto entre o direito à intimidade e a liberdade de imprensa, que as publicações que “se destinem exclusivamente à satisfação de uma curiosidade quase patológica do populacho ou à difusão da malignidade estarão evidentemente excluídas da liberdade que se confere à imprensa.” O autor traz à baila as lições de um advogado italiano, Cesare Gasca, para quem, se forem cotejados, de um lado, o direito à intimidade do cidadão inerme e, de outro, a liberdade de manifestação de pensamento dos grandes meios de comunicação de massa, prevalecerá o direito à intimidade, diante da enorme desproporção de forças. Todavia, Paulo José da Costa discorda da possibilidade de conflito, por entender que o ordenamento jurídico constitui sistema de limitações recíprocas dos diversos direitos subjetivos, que devem coexistir em harmonia, devendo-se encontrar o justo ponto de equilíbrio entre o direito à intimidade e o direito à livre manifestação do pensamento<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> *Id., ibid.*, p. 113.

<sup>140</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *op. cit.*, pp. 37-40.

<sup>141</sup> *Id., ibid.*, pp. 47-49.

Também a propósito desse confronto, José Adércio Leite Sampaio esclarece que a liberdade de informação e o direito à intimidade possuem mesmo nível de proteção *prima facie* e, conforme as circunstâncias do caso concreto, prevalece um ou outro. O autor elenca alguns critérios que deverão ser observados para que seja legítima a incursão na esfera privada, em síntese<sup>142</sup>:

- a) se os fatos forem sensíveis, tais como estado de saúde, opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, história amorosa, relações familiares e afetivas, deve haver justificativa objetiva e relevante ao interesse público para serem investigados.
- b) deve-se observar o comportamento do envolvido, pois há aqueles que buscam holofotes, fazendo presumir consentimento tácito para que a mídia reproduza sua vida privada.
- c) em ambiente público, o indivíduo há de sentir-se livre de identificação e observação, não podendo ser fotografado, a menos que não seja facilmente identificável e não esteja em primeiro plano na foto.
- d) em se tratando de fatos públicos, tais como informações constantes de autos de processo judicial ou boletim de ocorrência policial, podem ser divulgados livremente, salvo segredo de justiça.
- e) deve-se considerar a pessoa envolvida, isto é, não somente a pessoa dotada de notoriedade, mas também aquelas que, voluntariamente ou não, tenham-se envolvido em algum evento de repercussão pública. Dessa forma, a vida opulenta de um chefe de Estado, patrocinado por dinheiro público ou de um guia espiritual às custas de seus fiéis revelam-se de interesse público.

Adriano de Cupis ressalta que “mesmo as pessoas revestidas de notoriedade conservam o direito à imagem relativamente à esfera íntima da sua vida privada, em face da qual as exigências da curiosidade pública têm que deter-se.” Mas esclarece que as necessidades da justiça ou da polícia, assim como os fins científicos, didáticos ou culturais constituem hipóteses diante das quais a individualidade deve ceder. Da mesma forma, entende que a individualidade deve ceder quando a reprodução esteja ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público, posto que

---

<sup>142</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, pp. 390-393.

quem participa de cerimônia pública deu consentimento tácito da reprodução de sua imagem<sup>143</sup>.

### 3.6. Regime jurídico no Brasil

A inviolabilidade de domicílio e de correspondência é constitucionalmente garantida no Brasil desde a Constituição de 1824, tendo sido mantida nas Constituições posteriores. No entanto, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que se passou a garantir, ao lado da proteção ao domicílio e à correspondência (artigo 5º, incisos XI e XII), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada em todos os seus desdobramentos, visto que tais direitos passam a ser assegurados de forma genérica no texto constitucional:

Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O legislador constitucional foi cauteloso ao elencar tanto o direito à intimidade, quanto o direito à vida privada, visto que ainda pairam divergências doutrinárias quanto à sinonímia dos termos, como restou acima esclarecido. Portanto, optou por deixar claro que, independentemente a posição que se adote quanto à sinonímia dos termos ou não, tanto o aspecto mais recôndito, quanto o mais exterior da vida privada estão tutelados.

Caio Mário da Silva Pereira entende que o artigo 5º, X, da Constituição oferece caráter dúplice: o direito de estar só, de não se comunicar; e simultaneamente de não ser molestado por outrem, como também pela autoridade pública, salvo quando um imperativo de ordem pública venha a determiná-lo<sup>144</sup>.

O Código Civil de 2002 inovou em relação ao diploma de 1916 ao dedicar um capítulo aos direitos da personalidade. Nesse capítulo, a proteção à vida privada é conferida pelo artigo 21:

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

---

<sup>143</sup> De Cupis, Adriano, *op. cit.*, pp. 138-139.

<sup>144</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 259.



Ao contrário da Constituição, o Código Civil limitou-se a resguardar a inviolabilidade da vida privada, não fazendo menção à intimidade. No entanto, aqueles que entendem que a intimidade não é espécie do gênero vida privada devem conferir interpretação extensiva ao dispositivo, à luz da própria Constituição.

Para Maria Cláudia Cachapuz, o diploma civil considera o direito à vida privada um efetivo direito subjetivo. Segundo a autora, o código não se limitou a promover a garantia constitucional do artigo 5º, inciso X, no âmbito privado, mas estruturou de maneira específica o seu tratamento nas relações privadas, a fim de garantir para o indivíduo na sua relação em sociedade, o mesmo tratamento jurídico de proteção constitucionalmente assegurado nas relações entre o cidadão e o Estado. Nessa interação, o Estado assume mais uma função de regulação, do que de responsabilização por uma ameaça a esse direito fundamental. Entende, ainda que, ao lado do artigo 21, que assegura de forma específica um direito subjetivo à proteção da intimidade e da vida privada, há uma cláusula geral no artigo 187 CC<sup>145</sup> que deve contribuir à leitura do artigo 21 para tornar concreta a tutela à esfera privada do indivíduo. Isso porque, em certo caso concreto, o intérprete deve observar a relação de ponderação exigida aos direitos fundamentais como um todo. E o artigo 187 CC oferece a medida de tal ponderação a partir de conceitos jurídicos indeterminados, como fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes<sup>146</sup>.

No âmbito trabalhista, há somente um dispositivo específico sobre a intimidade. Trata-se do artigo 373-A, VI, da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pela Lei 9.799/1999, o qual dispõe:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

(...)

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

---

<sup>145</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>146</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 207.

Por outro lado, tanto a Constituição, enquanto norma superior do ordenamento, quanto o artigo 21 do Código Civil, enquanto fonte subsidiária do direito do trabalho em face da compatibilidade principiológica (artigo 8º, parágrafo único, CLT), são aplicáveis à esfera trabalhista, de sorte que a intimidade resta amplamente resguardada nas relações de trabalho em todos os seus desdobramentos<sup>147</sup>.

### 3.7. Sancionamento a violações

As violações à vida privada e à intimidade podem repercutir na esfera criminal, se constituírem um dos tipos disciplinados pelo Código Penal: violação de domicílio (artigo 150 CP), violação de correspondência (artigo 151 CP), violação de correspondência comercial (artigo 152 CP), divulgação de segredo (artigo 153 CP), violação do segredo profissional (artigo 154 CP), atentado contra a liberdade de contrato de trabalho (artigo 198 CP) e atentado contra liberdade de associação (artigo 199 CP).

Na esfera cível destacam-se as ações relativas à cessação de práticas lesivas e à reparação de dano, de caráter moral e de caráter patrimonial, sofridos pelo lesado<sup>148</sup>. Maria Helena Diniz leciona que se pode usar para defesa da vida privada: mandado de injunção, *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de segurança, cautelares inominadas e ação popular, apenas por via reflexa e ação de responsabilidade civil por dano patrimonial e moral. Ensina que as sanções podem ser suscitadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto (artigo 12, p.u., CC) através de medidas cautelares que suspendam os atos que violam o direito personalíssimo, movendo-se, em seguida, uma ação que irá declarar ou negar a existência da lesão, a qual poderá ser cumulada com ação ordinária de perdas e danos para ressarcir danos morais e patrimoniais, nos termos do artigo 12 do Código Civil<sup>149</sup>.

Quanto à esfera trabalhista, leciona Estêvão Mallet, que o primeiro desdobramento é o dever de preservação do sigilo. Ensina que as informações obtidas

---

<sup>147</sup> Nesse sentido, preciosas as lições de Canotilho: “Numa ordem constitucional radicada na dignidade da pessoa humana e na autonomia individual, os direitos fundamentais devem ser interpretados com um âmbito normativo alargado. (...) Em face da Constituição (art. 18º CRP), os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis (sem lei, contra a lei e em vez da lei) e vinculam entidades públicas e privadas (...) os direitos, liberdades e garantias são demasiadamente importantes para serem colocados na disponibilidade de actos legislativos provenientes de uma maioria política conjuntural ou de uma qualquer coligação moral-maioritária ou “bloco-central.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, pp. 10-12.

<sup>148</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 114.

<sup>149</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, pp. 130-131.

antes da celebração do contrato de trabalho ou mesmo durante a sua vigência devem ser mantidas em sigilo e que o titular da informação deve tomar todas as cautelas para que ela não seja devassada<sup>150</sup>. De tal sorte, a simples ameaça ao sigilo já merece a devida proteção por meio de ação cautelar (artigo 273 CPC c/c artigo 769 CLT), estando tal providência autorizada pelo artigo 12 do CC, que faz alusão à possibilidade de pedir que cesse a ameaça. De outro lado, após a violação da intimidade, cabe postular tanto que ela cesse, bem como a reparação do dano, sem prejuízo da rescisão indireta pela hipótese prevista no artigo 483, *b*, ou *e*, da CLT<sup>151</sup>. O autor traz o exemplo da revista íntima realizada pelo empregador que dá margem à ordem de abandono da prática, sob pena de aplicação de multa ou outra medida adequada (artigo 461, parágrafo 5º, CPC), ao lado da condenação ao pagamento de indenização. As providências não são taxativamente previstas na lei e podem ser adotadas conforme as circunstâncias do caso concreto. Esclarece, ainda, que o valor da indenização não deve ser tarifado, tampouco guarda nexos com o valor do salário ou o tempo de vigência do contrato de trabalho, posto que é possível produzir dano gravíssimo a empregado recém-admitido ou remunerado com salário baixo, ou o inverso<sup>152</sup>. Assim, leciona que é preciso considerar a relevância do direito violado e a extensão da ofensa: “divulgação de informação de menor importância, a apenas uma terceira pessoa, reclama condenação economicamente menos severa para o agressor do que se tivesse tido revelado aspecto particularmente íntimo da vida do empregado a todos os seus colegas de trabalho e mesmo a estranhos”<sup>153</sup>. Também deve-se considerar, nas lições do doutrinador, o grau de repreensibilidade da conduta do agente causador do dano. Assim, com base no artigo 944 do Código Civil, defende que, se houve mera culpa, a indenização será menos elevada do que a atribuída em caso de dolo. Do mesmo modo, a conduta fraudulenta, demanda sanção mais firme. Por fim, a indenização deve comportar, ainda, função punitiva de modo a coibir a repetição dos atos lesivos. Dessa feita, havendo repetição da ofensa ao mesmo direito e em idênticas condições, admite que se eleve o valor da condenação para que não se repita novamente a conduta. Por isso, lesões equivalentes

---

<sup>150</sup> MALLETT, Estêvão. *Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho*. Revista do TRT 6ª Região, vol. 19, n. 36, Recife, 2009, p. 56.

<sup>151</sup> “Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: (...) b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; (...) e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.”

<sup>152</sup> MALLETT, Estêvão, *op. cit.*, pp. 59-62.

<sup>153</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 62-63.

podem merecer indenizações diversas, considerando a capacidade econômica do agressor<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> *Id., ibid.*, pp. 63-64.

## 4. DIREITO À INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Nesse capítulo, traçaremos breves esclarecimentos acerca do surgimento e da consolidação dos direitos fundamentais, discorreremos sobre sua eficácia horizontal e aprofundaremos o tema da solução em caso de colisões entre esses direitos.

### 4.1. Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são classificados pela doutrina em “dimensões” ou “gerações”, sendo a primeira terminologia preferênciada da doutrina moderna porque revela que os direitos fundamentais não se sucedem em gerações, mas se acumulam em todas as suas dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de resistência assegurados aos indivíduos em face do Estado. São também denominados, por alguns autores, como liberdades públicas e traduzem o valor de liberdade, assegurando direitos civis e políticos. Dentre esses direitos se inserem a liberdade de ir e vir, o direito à propriedade e o próprio direito à intimidade.

A doutrina costuma considerar, como marco do reconhecimento jurídico dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a Magna Carta inglesa de 1215, documento que manifestou a insatisfação dos senhores feudais com o poder real absoluto do rei João Sem-Terra, principalmente com os altos impostos pagos à Coroa<sup>155</sup>. Embora o documento tenha atendido muito mais aos interesses da nobreza, visto que não consagrou direitos universais, seu mérito se deve à fixação de limites ao poder do governante pelo reconhecimento de direitos subjetivos dos governados<sup>156</sup>.

O *Bill of Rights*, de 1688, também contribuiu para a consolidação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ao instituir o fim do absolutismo monárquico inglês, atribuindo parte do poder ao Parlamento, então constituído por nobres e clérigos.

Mas os documentos que contribuíram decisivamente para o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão foram as declarações americana (1776) e

---

<sup>155</sup> Ao lado da Magna Carta inglesa de 1215, é importante mencionar a Declaração da Corte de Leão, documento espanhol de 1188, que também revela o intento dos senhores feudais em limitar o poder real soberano.

<sup>156</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

francesa (1789). A declaração americana assegurou o direito à vida, à liberdade e à propriedade, estabeleceu o povo como titular legítimo do poder e fixou que o governo deve ser instituído para atender ao bem comum. Já a declaração francesa, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, inaugurou o Estado liberal, pondo fim ao absolutismo francês. O grande mérito desse documento foi estender a todos os estamentos os direitos que reconhecia, o que se revelou no ideário “Liberdade, Igualdade e Fraternidade.” No entanto, também atendeu muito mais aos interesses da burguesia, pois instituiu uma igualdade meramente formal entre os estamentos. Para assegurar efetiva igualdade entre os indivíduos, bem como o real exercício da liberdade, fazia-se necessária a atuação positiva do Estado, não sendo suficiente sua mera abstenção. Nesse sentido, surgem os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, denominados direitos de igualdade, asseguram direitos sociais, culturais e econômicos. Surgiram das transformações do final do século XVIII e início do século XIX, decorrentes da revolução industrial europeia. Como decorrência das condições precárias de trabalho, surgiram o movimento cartista na Inglaterra e a comuna de Paris na França, buscando assistencialismo social, ao lado de reivindicações por melhores condições de trabalho.

No início do século XX, a Constituição de Weimer, de 1919, na Alemanha, e a Constituição Mexicana, de 1917, asseguram os direitos de segunda dimensão em seu bojo, consagrando o chamado constitucionalismo social<sup>157</sup>. Assim, o Estado passou de uma posição meramente passiva, em que tinha de respeitar as liberdades dos indivíduos, para uma posição ativa, no sentido de proporcionar meios necessários ao bem-estar social. Dentre os direitos fundamentais de segunda dimensão encontra-se o próprio direito ao trabalho.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, metaindividuais ou difusos, chamados direitos de fraternidade ou solidariedade, decorrem do surgimento de uma comunidade de massa e dos progressos tecnológico e científico. Nesse contexto, surge a preocupação com os consumidores, o meio ambiente, a paz e o desenvolvimento, dentre outros. A proteção não se destina mais ao indivíduo, mas sim ao gênero humano.

---

<sup>157</sup> Trata-se, em suma, da inclusão de direitos fundamentais e preceitos sociais no bojo da Constituição.

Atualmente se mencionam, ainda, os direitos fundamentais de quarta dimensão, decorrentes dos progressos da engenharia genética e da biotecnologia, ao lado dos avanços decorrentes da *internet*. São direitos que se preocupam com a própria natureza humana tendo em vista tanto a presente, quanto as futuras gerações.

#### **4.2. O Direito à intimidade como direito fundamental**

O direito à intimidade se insere dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, aqueles que exigem, sobretudo, uma abstenção por parte do Estado. Contudo, é importante ressaltar que, atualmente, está superada a ideia de que os direitos fundamentais de primeira dimensão se restringem a uma postura negativa por parte do Estado. Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, “sem regulamentação, sem intervenção estatal, nem mesmo a norma que garante um direito individual ou uma liberdade pública tem capacidade de produzir esses efeitos”<sup>158</sup>. O autor menciona como exemplo o direito à propriedade, que somente será pleno se o Estado cumprir seu dever de protegê-lo. Para tanto será necessário criar e manter organizações, como Polícia e Judiciário, criar um registro de imóveis e estruturar procedimentos para a aquisição da propriedade<sup>159</sup>.

#### **4.3. Paralelo entre direitos da personalidade, direitos fundamentais e liberdades públicas**

Não existe unanimidade na doutrina quanto ao emprego dos termos “direitos da personalidade”, “direitos fundamentais” e “liberdades públicas”.

Para Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade, quando reconhecidos pelo ordenamento jurídico e enfocados do ponto de vista do relacionamento com o Estado, são denominados liberdades públicas<sup>160</sup>. De outro lado, quando enfocados sob o prisma das relações privadas, são denominados direitos da personalidade<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 236.

<sup>159</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 236.

<sup>160</sup> Alguns autores optam pela terminologia *liberdades públicas* para fazer referência aos *direitos fundamentais*. Outros empregam o primeiro termo apenas para fazer referência aos direitos oponíveis em face do Estado, em contraposição às *liberdades privadas*. E outros, ainda, preferem o emprego do termo unicamente para os direitos fundamentais de primeira dimensão.

<sup>161</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 3.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho vislumbram duas diferenças entre os direitos da personalidade e as liberdades públicas. Entendem, quanto ao plano em que estão situados, que os direitos da personalidade estão situados acima do direito positivo, ao passo que as liberdades públicas dependem de positivação para serem reconhecidas. Quanto ao conteúdo, esclarecem que o surgimento de novas liberdades públicas, pertencentes a categorias transindividuais (econômicas e sociais, por exemplo) não se coaduna com o caráter individual dos direitos da personalidade<sup>162</sup>.

Para Sandra Lia Simon, não é correto identificar as liberdades públicas com as relações estabelecidas entre particular e Estado, em oposição às liberdades privadas. A autora adota o posicionamento de Jean Rivero, para quem as liberdades privadas não existem. Assim, quando aos particulares é imposta a obrigação e o dever de respeitar a liberdade dos demais há, necessariamente, a intervenção do Estado, através da legislação, de sorte que todas as liberdades são públicas<sup>163</sup>.

Para Gilberto Haddad Jabur, as liberdades públicas constituem o núcleo dos direitos fundamentais e surgem quando o Estado consagra tais direitos, que passam do direito natural para o direito positivo. Para ele, as liberdades públicas voltam-se, essencialmente, contra o Estado, ao passo que as liberdades privadas são oponíveis contra o particular. Ensina, ainda, que as liberdades públicas reúnem a mesma gênese e o mesmo conteúdo que identificam a essência dos direitos da personalidade, tanto que grande parte dos direitos da personalidade foi constitucionalizada. Contudo os direitos fundamentais e as liberdades protegem o indivíduo frente ao Estado, ao passo que os direitos da personalidade se destinam às relações entre particulares. Lembra, também, que muitos direitos fundamentais não carecem de tutela diante do particular, como a garantia de nacionalidade, que se destina exclusivamente ao Estado. De outro lado, há direitos que são oponíveis tanto contra o Estado como em face do particular, como é o caso do direito à vida privada<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 141.

<sup>163</sup> Simón, Sandra Lia, *op. cit.*, p.43.

<sup>164</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada. Conflitos entre Direitos da Personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 75-81.



Em nosso entendimento, a coincidência entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade não é completa. Contudo, a diferença entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais não se encontra no fato de o primeiro proteger o indivíduo em face dos particulares e o segundo protegê-lo em face do Estado. É evidente que a personalidade do indivíduo em todas as suas projeções está resguardada não somente em face do particular, como também em face do Estado. De outro lado, seus direitos fundamentais operam não somente em face do Estado, mas também em face dos outros concidadãos (é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que trataremos a frente nesse capítulo). Para nós, os direitos da personalidade constituem o núcleo dos direitos fundamentais, pois abrangem o conjunto de caracteres que compõem a própria personalidade do indivíduo. Como esclarece Adriano de Cupis: são direitos que, se não existissem, a própria pessoa não existiria como tal (direitos essenciais)<sup>165</sup>. Portanto, há direitos fundamentais que não são direitos da personalidade (v.g., direito de propriedade), mas os direitos da personalidade devem merecer toda a proteção conferida aos direitos fundamentais.

#### **4.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**

Tendo em vista que os direitos fundamentais (especificamente em sua primeira dimensão) surgiram para, em um primeiro momento, assegurar as liberdades individuais em face do Poder Público, muito já se questionou acerca de sua aplicação na relação entre particulares. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominada eficácia privada ou eficácia externa. O termo se coloca em oposição à eficácia vertical dos direitos fundamentais, que se alude a sua eficácia na relação entre Estado e particulares.

Existem, fundamentalmente, quatro teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A primeira, teoria negativista (doutrina da *state action*), prevalece atualmente no direito norte-americano. Segundo a teoria, os direitos fundamentais constitucionais impõem limitações apenas aos poderes públicos, não podendo ser invocados face a particulares<sup>166</sup>. Essa ideia é justificada pela literalidade do

---

<sup>165</sup> DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 17.

<sup>166</sup> Com exceção à 13ª Emenda, relativa à escravidão, que também tem observância entre os particulares.

texto constitucional norte-americano e também se apoia no pacto federativo, segundo o qual cada estado da federação é livre para legislar sobre direito privado<sup>167</sup>.

A segunda teoria, teoria da eficácia horizontal indireta (mediata), desenvolvida na Alemanha por Güter Dürig (1956), prevalece no direito germânico atualmente. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais constitucionais não podem ser invocados diretamente nas relações privadas como direitos subjetivos, sob pena de exterminar a autonomia de vontade. Ademais, admite-se a possibilidade dos indivíduos renunciarem aos direitos fundamentais nas relações privadas. Contudo, cabe ao legislador privado a tarefa de disciplinar a aplicação dos valores constitucionais no âmbito privado, adequando as normas infraconstitucionais aos preceitos constitucionais<sup>168</sup>.

A teoria da eficácia horizontal direta (imediate) também surgiu na Alemanha, na década de 1950, formulada por Hans Carl Nipperdey. Segundo Nipperdey, embora alguns direitos fundamentais constitucionais se dirijam somente ao Estado, outros podem ser invocados diretamente nas relações entre particulares, independentemente da mediação do legislador. Essa tese se mostra importante no âmbito trabalhista, já tendo sido invocada pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão em situações em que o poder empresarial se mostrou desmensurado<sup>169</sup>.

Por fim, mencione-se a teoria dos deveres de proteção, teoria que “reduz a discussão sobre a eficácia interprivada dos direitos fundamentais à doutrina dos deveres estatais de proteção daqueles direitos”<sup>170</sup>. Trata-se de teoria proposta por segmento da doutrina alemã, que constitui variação da teoria da eficácia indireta. Entre os teóricos dessa vertente, destaca-se Claus-Wilhelm Canaris, que apregoa a obrigatoriedade da vinculação do legislador do direito privado aos direitos fundamentais, como decorrência da expressa previsão constitucional, bem como do princípio da supremacia da constituição. Dessa forma, as normas de direito privado, além de não poderem violar as normas constitucionais

---

<sup>167</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189.

<sup>168</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 197-200.

<sup>169</sup> Como em certo caso, julgado em 1957, no qual os preceitos constitucionais foram invocados diretamente para invalidar cláusula que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras caso estas contraíssem matrimônio. *Id.*, *ibid.*, pp. 204-205.

<sup>170</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 187.

de direitos fundamentais, devem proporcionar a proteção desses direitos perante os particulares<sup>171</sup>.

De uma forma geral, nota-se uma tendência, no panorama mundial, ao abandono de posições radicais, que negam qualquer espécie de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou que sustentam que o regime de sujeição dos atores privados a estes direitos é equivalente ao dos Estados<sup>172</sup>, afinal a ideia de que tais direitos também valem para a relação entre particulares é “indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados”<sup>173</sup>, tal como se observa no contexto laboral. Algumas constituições, inclusive, são expressas no sentido da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, a exemplo da constituição portuguesa, que consagra em seu artigo 18º, 1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

José Joaquim Gomes Canotilho propõe uma metódica que distingue as constelações de eficácia horizontal dos direitos liberdades e garantias em:

- a) Eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição;
- b) Eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada;
- c) Eficácia horizontal imediata e mediação do juiz;
- d) “Poderes privados” e “eficácia horizontal”; e
- e) Núcleo irredutível da “autonomia pessoal”<sup>174</sup>.

A eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição refere-se às hipóteses em que a própria norma consagradora de direitos, liberdades e garantias estabelece expressamente a sua eficácia nas relações entre particulares. O autor menciona, dentre outros exemplos, os arts. 26º, 2, e 34º, 1, que asseguram, respectivamente, o desenvolvimento da personalidade, inclusive a reserva da intimidade e da vida privada, que

---

<sup>171</sup> *Id., ibid.*, pp. 216-217.

<sup>172</sup> *Id., ibid.*, p. 232.

<sup>173</sup> *Id., ibid.*, p. 185.

<sup>174</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 1209-1213.

deve receber garantia legal efetiva quanto à sua utilização abusiva (artigo 26º, 1 e 2) e a inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação privada (artigo 34º, 1)<sup>175</sup>.

A eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada alude à obrigatoriedade de o legislador da ordem jurídica privada cumprir e aplicar as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias, editando novas normas jurídico-privadas, hipótese de vinculação imediata<sup>176</sup>.

A eficácia horizontal imediata e mediação do juiz estabelece que os tribunais (civis, laborais e constitucionais) devem considerar os direitos, liberdades e garantias como medidas de decisão nos casos a serem solucionados. Devem aplicar o direito privado interpretando conforme a constituição, afastando as leis violadoras desses direitos (leis inconstitucionais)<sup>177</sup>.

Quanto aos “poderes privados” e “eficácia horizontal”, casos que Canotilho considera os “mais delicados da problemática da eficácia vinculativa das normas de direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada”<sup>178</sup>, estamos precisamente no âmbito que mais interessa ao presente trabalho. A referência a “poderes privados” diz respeito a associações, empresas, igrejas e partidos, também denominado “poderes sociais”. A esse respeito, Canotilho entende que os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos, mas a função de proteção objetiva dos direitos e garantias também implica a eficácia desses direitos nas relações privadas caracterizadas pela situação desigualitária das partes. Portanto, as leis e os tribunais devem estabelecer normas, respectivamente, de conduta e de decisão, que observem a função de proteção desses direitos<sup>179</sup>.

Por último, a metódica de solução de Canotilho aborda o núcleo irreduzível da “autonomia pessoal”. São as hipóteses em que a autonomia pessoal deve ser sacrificada em

---

<sup>175</sup> *Id., ibid.*, p. 1209.

<sup>176</sup> *Id., ibid.*, pp. 1209-1210.

<sup>177</sup> *Id., ibid.*, p. 1210-1211.

<sup>178</sup> *Id., ibid.*, p. 1211.

<sup>179</sup> *Id., ibid.*, p. 1211-1212.

nome do interesse público para a solução justa do caso concreto. O autor menciona, dentre outros exemplos, a hipótese de um pai que visa favorecer um filho em relação ao outro através da concessão da quota disponível, caso em que o princípio da igualdade ou da não discriminação deve ser aplicado, tendo em conta uma interpretação conforme os direitos fundamentais<sup>180</sup>.

Embora a constituição brasileira não contenha um artigo nos moldes do artigo 18º, 1, da CRP, deve-se ter em conta que as normas constitucionais, que se colocam no topo de nosso ordenamento jurídico, devem também ser observadas nas relações privadas. Destarte, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tem optado pela tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado<sup>181</sup>. Para Daniel Sarmento, o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, gera o efeito de irradiação desses direitos, que se tornam vetores exegéticos de todas as normas do ordenamento jurídico. Assim, devem ser observadas não somente pelo Legislativo na produção de novas normas privadas, mas também pelo Judiciário, que deverá aplicar diretamente tais normas constitucionais às relações privadas, afastando as normas que atentem contra os direitos fundamentais<sup>182</sup>.

O mesmo autor ensina que um dos fatores a ser observado nas questões envolvendo direitos fundamentais entre particulares é o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, de sorte que quanto maior for a desigualdade, maior deve ser a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Desse modo, a desigualdade material justifica a maior proteção aos direitos fundamentais, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada do hipossuficiente, que acaba se curvando ao arbítrio da parte mais forte. Assim, o princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula de isonomia (artigo 5º, *caput*, CF) com a diretriz de redução das desigualdades sociais (artigo 3º, III, CF), impõe a proteção da parte mais débil nas relações privadas. Isso porque um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais é a proteção da pessoa humana em uma relação de poder, o que também pode ser constatado na esfera privada, visto que o grau de autonomia pode restar

---

<sup>180</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 1212-1213.

<sup>181</sup> SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 246.

<sup>182</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 256.

prejudicado em muitas situações. Nesse ponto, o autor se aproxima de Canotilho, que reconhece uma situação desigualitária nos chamados poderes privados<sup>183</sup>. Mas se afasta de Virgílio Afonso da Silva, que entende que o grau autonomia efetivamente exercido deve ser apurado em cada caso concreto<sup>184</sup>. Já para Sarmento não se deve analisar o caso concreto, mas se admitir certas generalizações legais que protegem o hipossuficiente, visto que partiram de regras ordinárias de experiência, como aquelas extraídas do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor. Conclui que não teria sentido o empregado produzir prova, em sede de reclamação trabalhista, de que sua autonomia contratual foi meramente aparente, pois tal ônus da prova lhe seria extremamente pesado<sup>185</sup>.

Por outro lado, Sarmento admite, como apoio em Ingo Sarlet, que a autonomia privada também é um valor constitucional, portanto também deve ser tutelada. O autor equaciona esse problema propondo que nem todas as manifestações de autonomia privada desfrutam do mesmo grau de proteção constitucional. Assim, a tutela da autonomia privada relativa a questões existenciais é muito maior do que a conferida a decisões de caráter econômico-patrimonial. Nesse último caso, tende a prevalecer o direito fundamental em confronto com o exercício da autonomia privada. Dessa forma, o critério da dignidade humana se firma como substantivo nessa ponderação. Além disso, segundo o autor, deve-se considerar a essencialidade do bem para a vida humana. De tal sorte, quando o bem for considerado essencial para a vida humana, maior a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. De outro lado, se o bem for considerado supérfluo, maior a tutela da autonomia privada<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 1211-1212.

<sup>184</sup> Para Virgílio Afonso da Silva, a autonomia privada também é um princípio e deve ser realizado na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Contudo, distancia-se de Daniel Sarmento porque o último autor fundamenta sua assimetria por um critério estanque, isto é, “sempre que houver desigualdade material, haverá uma assimetria na relação entre particulares que deverá diminuir o valor da autonomia privada.” Virgílio não nega a necessidade da proteção ao hipossuficiente, como se dá no direito do trabalho ou no direito do consumidor. Esclarece, porém, que a necessidade de proteção não decorre de uma desigualdade material e sim de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica. O que importa é o grau de autonomia real das partes envolvidas, que nem sempre guarda uma relação com o grau de igualdade material entres essas partes. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, pp.156-158.

<sup>185</sup> SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, pp. 259-266.

<sup>186</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 266-269.

Por fim, o autor distingue entre a lesão a direito fundamental de particular que tenha decorrido de um negócio bilateral daquela que decorre unicamente de um ato de vontade de uma das partes, tal com a dispensa de um empregado portador da HIV. Quando o atingido não participa do ato gerador a lesão, o peso atribuído à autonomia privada é menor. Já quando participa, esse peso tende a ser maior. Para tanto, a vontade de ambas as partes deve ser livre – o que deve ser visto com especial cautela no âmbito trabalhista - e a renúncia ao direito fundamental não pode importar lesão à dignidade humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo<sup>187</sup>.

#### **4.5. Propostas de solução de conflitos entre direitos fundamentais**

Atualmente não restam dúvidas de que os direitos fundamentais são assegurados aos indivíduos tanto em face do Estado quanto em face dos demais particulares. No entanto, problema de difícil solução surge quando direito fundamental de um indivíduo entra em colisão com direito fundamental de outro indivíduo. Essa situação é bastante frequente, sobretudo envolvendo os direitos fundamentais de primeira dimensão, dentre os quais se insere o direito à intimidade. A doutrina tem proposto inúmeras soluções para esses conflitos entre direitos fundamentais. No entanto, no presente trabalho, optamos pelas soluções propostas por José Joaquim Gomes Canotilho e Virgílio Afonso da Silva. A seleção dos autores se deve à contribuição de ambos para o aprofundamento da Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, adequando-a ao contexto do Estado Democrático de Direito português e brasileiro, respectivamente. De forma clara, os autores oferecem uma metódica de solução para os conflitos entre direitos fundamentais, sem olvidar que somente as peculiaridades do caso concreto trarão a solução adequada ao conflito, evitando o engessamento das decisões judiciais e assegurando tanto a justiça, quanto a segurança jurídica nas soluções. Passemos ao exame de suas propostas.

##### **4.5.1. A proposta de José Joaquim Gomes Canotilho**

José Joaquim Gomes Canotilho parte da compreensão de que o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um “sistema normativo aberto de regras e princípios.” Trata-se de um sistema dinâmico de normas, por isso, “sistema jurídico”. Esse sistema é também um “sistema aberto” em razão da “capacidade de aprendizagem” das

---

<sup>187</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 266-270.

normas constitucionais para se adaptarem às constantes mudanças da sociedade. É um sistema “normativo” posto que estruturado a partir de normas. E é, ainda, um “sistema de regras e princípios”, porque as normas do sistema podem se revelar dessas duas formas<sup>188</sup> e somente a conjugação das duas espécies de normas permite atender tanto à necessidade de segurança jurídica, propiciada pelas normas, quanto à complementação e desenvolvimento do sistema, propiciados pelos princípios. Esse sistema aberto permite que, através de processos judiciais, legislativos, administrativos e iniciativas dos cidadãos, o direito constitucional passe de uma *law in the books* para uma *law in action* e para uma *living constitution*<sup>189</sup>.

Canotilho esclarece que os “princípios hermenêuticos” não se confundem com os “princípios jurídicos”. Os princípios hermenêuticos possuem uma função argumentativa, permitindo aos juízes a integração e a complementação do direito. Mas são os princípios jurídicos que interessam ao autor, pois são esses princípios que possuem a qualidade de normas<sup>190</sup>.

Os princípios jurídicos (que passaremos a chamar somente de “princípios”) não se confundem com as regras jurídicas. Os princípios são normas impositivas de otimização, isto é, são normas compatíveis com vários graus de concretização, ao passo que as regras prescrevem uma exigência imperativamente. Os princípios se submetem a conflitos, ao passo que as regras se submetem a antinomias. Os princípios podem coexistir, enquanto as regras antinômicas se excluem. Os princípios permitem a ponderação com outros conflitantes, ao passo que as regras se submetem à lógica do “tudo ou nada”. Os princípios contêm exigências que devem ser observados em “primeira linha” (*prima facie*), por isso admitindo a ponderação, ao passo que as regras contêm “fixações normativas definitivas”, não se admitindo a validade simultânea de regras incongruentes. Por fim, os princípios suscitam problemas de “validade e peso” (isto é, envolvem, também a importância, a ponderação), enquanto as regras demandam apreciação apenas da validade<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 1085.

<sup>189</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1088-1089.

<sup>190</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 1087.

<sup>191</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1087-1088.



Canotilho apresenta a classificação dos princípios entre: a) princípios jurídicos fundamentais; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores; c) princípios constitucionais impositivos; e d) princípios-garantia. Os princípios jurídicos fundamentais são aqueles “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”<sup>192</sup>. Tais princípios possuem uma função negativa exercida perante o Estado, quando se coloca em xeque o Estado de Direito ou emerge o perigo do excesso de poder. Também possuem uma função positiva ao impor a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos do poder público nos casos concretos. Esses princípios fornecem diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais e vinculam o legislador a sua observância. Como exemplo, o autor menciona o princípio da publicidade dos atos jurídicos (artigo 119º da CRP)<sup>193</sup>.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são os “princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”<sup>194</sup>. Ou seja, tais princípios constituem limites ao poder de revisão e se revelam como os princípios mais diretamente visados no caso de alteração do regime político. Dentre esses princípios inserem aqueles definidores da forma de Estado<sup>195</sup>.

Nos princípios constitucionais impositivos “subsumem-se todos os princípios que, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”<sup>196</sup>. São os princípios definidores dos fins do Estado, isto é, traçam as linhas da atividade política e legislativa, tais como o princípio da independência nacional e o princípio da correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (arts. 9º, *d*, e 81º, *b*, CRP)<sup>197</sup>.

Por fim, os princípios-garantia “visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade autêntica de norma jurídica e uma

---

<sup>192</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 1090.

<sup>193</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1089-1090.

<sup>194</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1091-1092.

<sup>195</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1091-1092.

<sup>196</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 1092.

<sup>197</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 1092.

força determinante, positiva e negativa”<sup>198</sup>. Da mesma forma que os anteriores, o legislador fica vinculado a sua observância. Como exemplos desse tipo de princípio o autor menciona o princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege* (artigo 29º CRP), dentre outros<sup>199</sup>.

Quanto às regras, Canotilho menciona a distinção constitucionalista alemã entre regras constitucionais organizatórias e regras constitucionais materiais, mas a considera ultrapassada, posto que ela estabelece uma dicotomia qualitativa entre dois tipos de normas como se formassem compartimentos estanques na Constituição<sup>200</sup>. Dentre as normas constitucionais organizatórias, na qual não nos deteremos por fugir ao objeto do presente trabalho, inserem-se as regras de competência, as regras de criação de órgãos e as regras de procedimento. Dentre as regras constitucionais materiais encontram-se: a) regras de direitos fundamentais; b) regras de garantias institucionais; c) regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e d) regras constitucionais impositivas<sup>201</sup>.

As regras de direitos fundamentais são todos os preceitos constitucionais que atentam ao reconhecimento, garantia ou conformação de direitos fundamentais. As regras institucionais são aquelas que visam proteger as instituições públicas ou privadas, tais como a que assegura a proteção da família como instituição (artigo 67º CRP). As regras determinadoras de fins e tarefas do Estado são os preceitos que determinam os fins e tarefas prioritários do Estado. Por fim, as regras constitucionais impositivas são aquelas que estabelecem imposições legiferantes ou ordens de legislar e, portanto, podem dar ensejo a uma omissão constitucional, caso sejam descumpridas<sup>202</sup>.

Canotilho reforça que as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando efetivamente as relações da vida, visto que o sentido histórico, político e jurídico da constituição permanece válido atualmente. Isto é, a constituição é o ordenamento jurídico fundamental de uma comunidade, que dispõe sobre os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas.

---

<sup>198</sup> *Id., ibid.*, p. 1093.

<sup>199</sup> *Id., ibid.*, p. 1093.

<sup>200</sup> *Id., ibid.*, pp. 1093-1094.

<sup>201</sup> *Id., ibid.*, pp. 1096-1098.

<sup>202</sup> *Id., ibid.*, pp. 1094-1098.

Dessa forma, ela deve ser vista como norma, isto é, dotada de força normativa. O autor prega a “morte” das normas constitucionais programáticas como simples programas ou exortações morais, visto que toda norma constitucional é obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. Deve, portanto, prevalecer a aplicação direta, inclusive das normas que garantem direitos fundamentais, sob pena de não concretização dos últimos pela inércia do legislador. Isso significa que os direitos fundamentais valem, inclusive, contra a lei quando essa última estabeleça disposições contrárias ao texto constitucional<sup>203</sup>.

O autor apregoa o princípio da unidade da constituição para harmonizar os conflitos que possam surgir no seio da própria ordem fundamental, visto tais conflitos são inevitáveis pelo fato de a constituição ser um sistema aberto de regras e princípios. Trata-se de um princípio que confere coerência narrativa ao sistema, posto que todas as normas contidas na constituição tem igual dignidade (não existem normas meramente formais). Esse princípio se dirige aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras constitucionais no sentido de que confirmam igualdade hierárquica a todas as normas constitucionais<sup>204</sup>. O intérprete deve considerar as normas constitucionais “não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”<sup>205</sup>. Assim, excluem-se relações de preferência *prima facie* entre bens constitucionais, pois nenhum bem é, *prima facie*, excluído porque excessivamente débil ou afirmado porque, *prima facie*, absoluto. A ponderação (ou *balancing*) deve ser feita *ad hoc* como solução justa de conflitos entre princípios<sup>206</sup>.

Especificamente quanto à colisão envolvendo direitos fundamentais, Canotilho adota uma tipologia de conflitos que distingue entre: (1) colisão autêntica de direitos; e (2) colisão de direitos em sentido impróprio (ou colisão não autêntica de direitos). Considera existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando estão em confronto direitos fundamentais pertencentes a titulares distintos. De outro lado, haverá uma colisão não autêntica, quando o exercício de um direito fundamental de um particular colide com bens

---

<sup>203</sup> *Id., ibid.*, pp. 1101-1104.

<sup>204</sup> *Id., ibid.*, pp. 1106-1109.

<sup>205</sup> *Id., ibid.*, p. 1149.

<sup>206</sup> *Id., ibid.*, pp. 1164-1165.

da comunidade (e do Estado) constitucionalmente protegidos, tais como saúde pública, defesa nacional ou patrimônio cultural<sup>207</sup>.

Quanto à proposta de solução dos conflitos, Canotilho distingue entre a metódica aplicável aos direitos fundamentais suscetíveis de restrição e aquela aplicável aos direitos fundamentais insuscetíveis de restrição.

No caso dos direitos fundamentais suscetíveis de restrição, a conversão de um direito *prima facie* em um direito definitivo poderá ser objeto de uma lei restritiva, hipóteses que devem ser autorizadas pela própria constituição. Ressalte-se, porém, que o domínio normativo de um direito será sempre um domínio em potencial só se convertendo em um domínio atual depois da averiguação das condições concretamente existentes. A lei restritiva representa apenas um primeiro instrumento de solução de conflitos<sup>208</sup>.

Quanto aos direitos fundamentais insuscetíveis de restrição, Canotilho rejeita as propostas frequentemente oferecidas que buscam encontrar as limitações aos direitos fundamentais nas ideias de limites imanescentes, de limitação ao âmbito de proteção ou, ainda, de justificação da restrição, propostas que podem conduzir a uma restrição maior do que aquela a que se submetem os direitos fundamentais suscetíveis de restrição, o que é um contrassenso. Para Canotilho, as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se tendo por base a harmonização de direitos. A prevalência de um direito em relação a outro só se pode determinar nas circunstâncias concretas, pois só nessas condições se pode dizer que um direito tem mais peso do que outro. Contudo, o autor admite que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência sejam efetuadas, desde logo, a nível legislativo, ao lado da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto pelo juiz. Mas, como regra geral, não há um critério de solução de conflitos válido em termos gerais e abstratos, o que, no entanto, não invalida a adoção de critérios metódicos abstratos que orientem a ponderação, como o princípio da concordância prática (Hesse) ou a ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (Lerche)<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 1191.

<sup>208</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 1193.

<sup>209</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1193-1195.

Segundo o autor, a metódica de restrição de direitos, liberdades e garantias requer, primeiramente, a delimitação do âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos. Isto é, deve-se determinar quais são os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção. Uma vez delimitado o âmbito de proteção, deve-se apurar o tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva. Canotilho propõe a seguinte tipologia de restrições: (1) restrições constitucionais diretas ou imediatas; (2) restrições estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva de lei restritiva); e (3) limites imanentes ou implícitos (limites constitucionais não escritos, que o autor avalia com cautela)<sup>210</sup>.

As restrições constitucionais diretas ou imediatas são aqueles limites impostos pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos. É o caso, por exemplo, da norma constitucional que assegura o direito de reunião, desde que tenha caráter pacífico e não armado (artigo 45º, 1, CRP). Essas normas são, ao mesmo tempo, normas de garantia de direitos e normas limitativa de direitos (em sua segunda parte). Da conexão entre o direito garantido e a limitação imposta se extrai o âmbito de proteção<sup>211</sup>.

As restrições podem ser estabelecidas por lei quando as próprias normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias admita a reserva de lei restritiva. Como exemplo, o autor menciona o artigo 47º CRP que autoriza a lei a estabelecer limites à liberdade de escolha da profissão justificada pelo interesse coletivo. Nesse caso, a norma constitucional é, simultaneamente, uma norma de garantia e uma norma de autorização de restrições<sup>212</sup>.

Por fim, quanto ao reconhecimento de limites imanentes, isto é, limites constitucionais não escritos, que podem se mostrar necessários para a resolução de certos conflitos, Canotilho faz importantes ponderações quanto à teoria dos limites originários (Krüger) e quanto à teoria dos limites horizontais (Isensee). O autor rejeita essas duas teorias pelo que possuem em comum: a definição de limites (não escritos) prévios aos direitos fundamentais. Para Canotilho, a ideia de limites imanentes só pode ser admitida se se considerar que o direito fundamental é *prima facie* ilimitado. No entanto, *a posteriori*,

---

<sup>210</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1195-1197.

<sup>211</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1197-1198.

<sup>212</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 1197-1198.

através do jogo de “argumento e contra-argumento”, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode se fazer necessária uma otimização racional. Essa otimização deve ter em conta que: (1) não existe hierarquia entre as normas constitucionais; (2) a ponderação é feita entre bens constitucionalmente reconhecidos; e (3) a otimização de bens não constitui autorização para o exercício abusivo ou arbitrário da imposição de limitações. Com isso, conclui que o problema de limites imanentes é irresolúvel através de critérios prévios, só podendo ser o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais que conduzem ao afastamento, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito do direito fundamental. Como exemplo, o autor menciona o direito de greve que, poderá ser limitado em um determinado caso concreto em que confronte com a saúde pública, por não manter o funcionamento mínimo em hospitais<sup>213</sup>.

Em suma, Canotilho entende que, tanto nos conflitos envolvendo direitos fundamentais suscetíveis de restrição, quanto naqueles envolvendo direitos fundamentais insuscetíveis de restrição, a prevalência de um direito em relação a outro só se pode determinar, como regra, nas circunstâncias concretas. O autor admite a existência de restrições constitucionais diretas (previstas na própria constituição), de restrições legais (autorizadas pela constituição) e de limites constitucionais não escritos (imanentes). No entanto, essa última hipótese deve ter em conta que um direito fundamental é *prima facie* ilimitado. Somente *a posteriori*, através da ponderação, pode se fazer necessária uma otimização racional, que conduzirá ao afastamento, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito do direito fundamental.

#### **4.5.2. A proposta de Virgílio Afonso da Silva**

Inicialmente, Virgílio Afonso da Silva apresenta sua distinção entre regras e princípios, com base na teoria dos princípios de Alexy. Para o autor, as regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, ao passo que os princípios estabelecem direitos (ou se impõem deveres) *prima facie*. Ou seja, no caso dos princípios há uma distinção entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. O autor recorre à definição de Alexy - de que os princípios são mandados de otimização - para esclarecer que se tratam de normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas

---

<sup>213</sup> *Ibid.*, pp. 1201-1202.

existentes, o que significa que os princípios podem ser realizados em diversos graus, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas. Isso porque frequentemente um princípio encontrará barreiras na proteção de outro princípio. E é justamente o resultado dessa colisão que produzirá o conteúdo definitivo daquele princípio para aquele caso concreto<sup>214</sup>.

A solução do conflito entre regras se dá no plano da validade, isto é, uma das duas regras em confronto será declarada inválida, ao menos parcialmente. Já na hipótese de conflito entre princípios, não será possível formular uma solução em abstrato, mas essa solução será sempre condicionada à situação concreta. Na hipótese de confronto entre uma regra e um princípio, o autor menciona a proposta de solução de Alexy, para quem deve haver um sopesamento. Tal sopesamento não se dará, porém, entre a regra e o princípio em confronto, visto que regras não se sujeitam a sopesamento. Mas deve se dar entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra na qual ele se baseia. Virgílio Afonso da Silva, contudo, sustenta que tal solução pode gerar insegurança jurídica e esclarece que, nesse caso, não há uma colisão propriamente dita. Em verdade, o que há é o produto do sopesamento feito pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre regra e princípio é, portanto, uma relação de restrição. A regra expressa a restrição a esse princípio e, nesse sentido, deve simplesmente ser aplicada por subsunção. Contudo, maior problema se coloca quando a regra é questionada quanto à sua constitucionalidade. Nessa hipótese, o autor sustenta que há que ser feito um novo sopesamento em uma primeira decisão que aprecie o confronto, decisão que poderá se consolidar criando uma nova regra que institui exceção à regra proibitiva<sup>215</sup>.

Virgílio Afonso da Silva ressalta que a distinção entre regras e princípios não é uma distinção entre textos, mas entre normas, isto é, será o intérprete – e não o legislador – quem deverá definir se a norma, fruto da interpretação, é uma regra ou um princípio<sup>216</sup>. Os direitos fundamentais são, em geral, garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*, tendo, portanto, estrutura de princípios<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, pp. 41-45.

<sup>215</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 47-56.

<sup>216</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 57.

<sup>217</sup> *Id.*, *ibid.*, 139.

A fim de verificar se determinado ato, fato ou estado é protegido por uma norma que garante um direito fundamental, Virgílio Afonso da Silva parte da ideia de suporte fático. O autor se atém ao suporte fático abstrato, que é formado pelos fatos ou atos do mundo descritos por determinada norma e ao qual se atribui determinada consequência jurídica. Assim, a forma de aplicação e as restrições aos direitos fundamentais dependerão da extensão de seu suporte fático, bem como a própria existência de colisões. O autor propõe que a definição do suporte fático das normas que garantem direitos fundamentais, como é o caso do direito à privacidade, seja orientada por quatro perguntas: (1) O que é protegido? (2) Contra o quê? (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência também possa ocorrer? A resposta à primeira pergunta define o âmbito de proteção do direito fundamental. O segundo elemento diz respeito à intervenção estatal, isso porque a consequência jurídica somente poderá ocorrer se houver a exigência da cessação dessa intervenção. A chamada fundamentação constitucional é contraposta ao suporte fático. Isto significa que, se houver fundamentação constitucional para a intervenção, não se estará diante de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impedirá o desencadear lógico da consequência jurídica<sup>218</sup>.

O autor traça a importante distinção entre as teorias que defendem o suporte fático restrito e aquelas que defendem o suporte fático amplo dos direitos fundamentais. A teoria do suporte fático restrito, de antemão, exclui algumas ações, estados ou posições jurídicas - que poderiam ser subsumidos - do âmbito de proteção de um direito fundamental. Como exemplo, o autor traz à baila o HC 70.814, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o sigilo bancário não é garantido pelo direito à intimidade previsto no artigo 5º, inciso X, CF, excluindo *a priori* tal conduta do suporte fático desse direito fundamental. No entanto, o autor questiona essa primeira corrente por restringir a proteção aos direitos fundamentais. No exemplo mencionado, o sigilo bancário fora criado por uma lei infraconstitucional, portanto poderia ser abolida sem nenhuma fundamentação constitucional. De acordo com essa teoria, não haveria espaço para o sopesamento entre princípios, visto que não se admite colisão alguma, mas mera não-proteção de algumas

---

<sup>218</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 65-74.



ações. Virgílio rejeita essa tese, sobretudo, porque ela acaba por restringir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao excluir determinadas condutas de seu âmbito<sup>219</sup>.

O doutrinador adota a teoria do suporte fático amplo, que rejeita a tese de exclusões *a priori* de situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Segundo essa teoria, o âmbito de proteção de um direito fundamental dependerá do sopesamento a ser realizado com outros direitos em casos concretos. Ou seja, distingue-se o conteúdo protegido *prima facie* daquele protegido definitivamente. O conteúdo a ser protegido *prima facie* é mais amplo possível. Deve ser abrangida, independentemente da consideração de outras variáveis, “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental”<sup>220</sup>. A amplitude da proteção advém justamente dessa abertura. No entanto, o autor abre espaço para restrições posteriores de um direito fundamental através de uma restrição fundamentada, o que revela o caráter não absoluto dos direitos fundamentais. O objetivo do autor com sua teoria é justamente o de criar “exigências de fundamentação para o aplicador do direito”<sup>221</sup>, ou seja, conferir maior proteção aos direitos fundamentais, evitando a exclusão *a priori* de condutas de seu âmbito de proteção<sup>222</sup>.

Nesse sentido, o autor traça a distinção entre duas teorias acerca da relação entre os direitos fundamentais e seus limites ou restrições – a teoria interna e a teoria externa. A teoria interna sustenta que os limites a um determinado direito é algo imanente ao próprio direito, o que exclui qualquer fator externo, como o sopesamento entre princípios. O autor rejeita a ideia de limites imanentes e, conseqüentemente, a teoria interna, porque ela enfrenta o mesmo problema de todas as teorias que se baseiam em um suporte fático restrito: a definição do conteúdo protegido e do conteúdo não abrangido pelo direito fundamental. Virgílio Afonso da Silva adota a teoria externa vislumbra dois momentos diferentes: o primeiro é o direito em si e, destacado dele, as suas restrições. Assim, as restrições não influenciam o conteúdo de um direito fundamental, mas no caso

---

<sup>219</sup> *Id., ibid.*, pp. 74-85.

<sup>220</sup> *Id., ibid.*, p. 109.

<sup>221</sup> *Id., ibid.*, p. 124.

<sup>222</sup> *Id., ibid.*, pp. 94-125.

concreto poderão restringir o seu exercício, em função de uma colisão com outros princípios. Daí decorre a distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Ou seja, a definição do conteúdo definitivo provém de elementos externos, produto da colisão com outras normas<sup>223</sup>.

Segundo o autor, as restrições aos direitos fundamentais podem se dar por meio de regras ou por meio de princípios. A restrição por meio de regras advém da legislação infraconstitucional. São regras que proíbem uma conduta que seria, *prima facie*, permitida pelo direito fundamental. O autor menciona, dentre outros exemplos, o artigo 30 da Lei 4.595/64 que prevê alguns casos em que o sigilo bancário poderá ser quebrado, restringindo o direito fundamental à privacidade. O autor ressalta que não se trata de colisão entre um princípio e uma regra, mas do produto de um processo de restrição do princípio, feito pelo legislador, cuja expressão é a regra. Há um sopesamento anterior feito entre o direito fundamental em questão e o princípio que embasou a formulação da regra. Já a restrição baseada em princípios é resultado da colisão entre dois princípios que colidem. Nessa hipótese, como o legislador ainda não disciplinou o resultado dessa colisão, caberá ao juiz, no caso concreto, decidir qual princípio irá prevalecer<sup>224</sup>.

Embora a teoria externa seja alvo de inúmeras críticas doutrinárias que alegam, principalmente, o subjetivismo dessa teoria, Virgílio Afonso da Silva esclarece: “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito”<sup>225</sup>. E destaca, citando Kelsen, que nem mesmo entre positivistas se verifica um processo estritamente racional e objetivo:

(Segundo Kelsen) (...) o direito a ser aplicado constitui (...) apenas uma moldura, dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação, sendo considerado conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dos limites dessa moldura, isto é, que preencha moldura com algum sentido possível.

Kelsen é enfático em sublinhar que não se pode falar, no direito, em uma única resposta possível para os problemas interpretativos e de aplicação. A decisão do juiz não é, portanto, a única, nem a melhor, mas, por razões de competência, aquela que

---

<sup>223</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 126-140.

<sup>224</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 141-143.

<sup>225</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 147.

vinculará aqueles ligados à decisão. Não existe, ainda segundo Kelsen, qualquer método que permita, diante das possibilidades interpretativas de um dispositivo legal, definir qual delas é a correta. Isso porque a tarefa da interpretação não é cognitiva – ou seja, não é descobrir um sentido correto de um dispositivo -, mas um ato de vontade, para o qual concorrem razões de natureza moral, de concepções de justiça, de juízos sociais de valor, etc. (...)

O que se pode exigir, portanto, de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, é a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, o seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação. (...) Exigir mais que isso seria desconhecer as características do processo de interpretação de aplicação do direito. (grifo do autor)<sup>226</sup>.

A transcrição dos parágrafos acima é proposital e visa dar suporte ao confronto que terá lugar no próximo capítulo desse trabalho, onde restará demonstrado que a jurisprudência, sobretudo de nossos tribunais trabalhistas, tem, de fato, definido o conteúdo do direito à intimidade a ser protegido nas relações de trabalho, como resultado de um processo de sopesamento realizado em cada caso concreto.

Virgílio Afonso da Silva distingue o processo de sopesamento da regra da proporcionalidade. O sopesamento é, como restou acima delineado, produto de um processo de comparação entre normas que resultará em uma regra (norma infraconstitucional) elaborada pelo legislador. Caso o conflito ainda não tenha sido disciplinado pelo legislador através da regra, o sopesamento será feito no caso concreto pelo juiz. De outro lado, a regra da proporcionalidade é um processo intimamente ligado com um modelo de suporte fático amplo e a teoria externa. É “a forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização”<sup>227</sup>. A regra da proporcionalidade pressupõe o exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação visa apurar se a medida de restrição a um direito fundamental tem um fim constitucionalmente legítimo que, em geral, é a realização de outro direito fundamental. A necessidade é um exame comparativo. Visa verificar se a realização do objetivo perseguido com a restrição ao direito fundamental não pode ser promovido (com a

---

<sup>226</sup> *Id., ibid.*, pp. 147-148.

<sup>227</sup> *Id., ibid.*, p. 206.

mesma intensidade) por meio de outro ato que o limite em menor medida. E a proporcionalidade em sentido estrito tem como função principal evitar o exagero, isto é, evitar que medidas estatais – embora adequadas e necessárias – restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar<sup>228</sup>.

O autor avalia, ainda, se existe um direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao conteúdo essencial de seus direitos fundamentais. Para Virgílio Afonso da Silva, o conteúdo essencial deve ser visto sob uma perspectiva relativa. O autor rejeita qualquer teoria absoluta, isto é, aquelas que definem um conteúdo essencial como âmbito de contornos definíveis *a priori*. Para o autor, a definição do que é essencial depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Disso decorre que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, mas variará conforme os direitos envolvidos em cada caso. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais será resultado da aplicação da teoria da proporcionalidade, de sorte que “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”<sup>229</sup>. Como o autor rejeita a teoria absoluta, admite que em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade, nada reste de um determinado direito. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém tem seu conteúdo telefônico devassado. O autor ressalta, portanto, que proporcionalidade e conteúdo essencial não são duas variáveis diferentes a serem observadas, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é mera decorrência do respeito à regra da proporcionalidade<sup>230</sup>.

Por fim, o autor questiona o modelo proposto por José Afonso da Silva segundo o qual as normas constitucionais são classificadas segundo tenham eficácia plena, contida ou limitada. Para Virgílio, todas as normas constitucionais são passíveis de restrição pela legislação ordinária, inclusive as normas que asseguram direitos constitucionais, logo, não faz sentido distinguir entre normas que podem e normas que não

---

<sup>228</sup> *Id., ibid.*, pp. 167-176.

<sup>229</sup> *Id., ibid.*, p. 197.

<sup>230</sup> *Id., ibid.*, pp. 197-200.

podem ser restringidas<sup>231</sup>. Ademais, Virgílio defende que toda norma que garante direitos fundamentais pode (às vezes deve) ser regulamentada<sup>232</sup>. Mesmo as normas que consagram liberdades públicas (como é o caso do direito à intimidade) exigem mais do que a mera abstenção estatal, pois sua real efetividade depende também de certa atuação positiva por parte do Estado, como restou claro no exemplo acerca do direito de propriedade<sup>233</sup>.

Em resumo, o autor se vale, inicialmente, da teoria dos princípios de Alexy, segundo a qual um princípio deve ser compreendido como um mandamento de otimização. A teoria dos princípios sustenta que os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*. O suporte fático dessa norma (que tem estrutura de princípio) é o mais amplo possível. Disso decorre a possibilidade de colisão com outras normas, o que pode exigir uma restrição à realização desse princípio. Há, portanto, uma diferença entre o que é garantido *prima facie* e o que restará garantido em definitivo, após a colisão. A solução dessa colisão se dará através de um sopesamento ou da regra da proporcionalidade. Toda restrição proporcional será constitucional e, conseqüentemente, observará o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Em razão disso, questiona a clássica divisão da eficácia das normas constitucionais entre plena, contida e limitada, visto que todas as normas podem ser restringidas, inclusive aquelas que asseguram direitos fundamentais.

Quanto ao ponto específico que nos interessa, a saber, a solução para a colisão entre direitos fundamentais, o autor admite que: (1) em havendo uma regra que restrinja algum direito fundamental, deve-se compreender que o legislador ordinário fez uma opção pela restrição a partir de um sopesamento anterior realizado entre o direito fundamental restringido e outro direito fundamental contraposto, o que resultou na elaboração da regra; ou (2) no caso de confronto entre dois direitos fundamentais que ainda não tenham resultado na elaboração de uma regra, o juiz deverá realizar esse sopesamento, valendo-se da regra da proporcionalidade a fim de estabelecer, especificamente para aquele caso concreto, qual direito deverá ser restringido e em que medida.

---

<sup>231</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 219-223.

<sup>232</sup> Para o autor, a distinção entre *restrição* e *regulamentação* é muito tênue: “regulamentar direitos fundamentais implica, sempre, restringi-los, e restringir direitos fundamentais tem sempre como objetivo regulamentar seu exercício.” *Id.*, *ibid.*, p. 231.

<sup>233</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 208-238.

Examinadas as duas propostas, passemos ao próximo capítulo, no qual examinaremos, especificamente, o exercício do direito à intimidade no ambiente de trabalho, bem como o papel do poder diretivo do empregador no caso de conflito entre direitos fundamentais que envolvam esse direito.

## **5. O EXERCÍCIO DO DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO**

### **5.1. O papel do poder diretivo diante do direito à intimidade do empregado**

Como já exposto no presente trabalho, muito já se debateu acerca da natureza jurídica do poder diretivo prevalecendo, atualmente, a tese de que se trata de um direito-função. Isto é, esse poder deve atender a um determinado fim: organizar a empresa tendo em conta os interesses de todos aqueles que dela fazem parte. Trata-se de um verdadeiro dever. Diante dessa constatação, questiona-se: até que ponto o empregador poderia atuar no ambiente de trabalho, invadindo a esfera íntima de um empregado, com o objetivo de atender unicamente a seus interesses pessoais (*e.g.* defesa de seu patrimônio)? Qual seria o papel do poder diretivo diante do conflito entre o direito à intimidade de um empregado, de um lado, e direitos fundamentais de outros empregados ou do próprio empregador, de outro (*e.g.* direito à segurança)?

Como vimos, atualmente a teoria da propriedade privada não mais se sustenta como fundamento para o poder diretivo. Deve ser afastada a ideia de que o empregador comanda por ser o proprietário dos meios de produção, pois a Constituição Federal consagrou a função social do direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXIII). A função social é uma limitação imposta pelo próprio constituinte ao exercício do direito de propriedade. Destarte, o fundamento do poder diretivo deve ser encontrado no próprio contrato de trabalho, escrito ou tácito. Por meio dele, o empregado se obriga a cumprir a prestação de serviços em troca de sua remuneração.

Todavia, é evidente que um contrato de trabalho não contém as minúcias das atividades cotidianas a serem desempenhadas pelo empregado mas, ao revés, possui larga margem de indeterminação. Justamente em função da necessidade de uma orientação cotidiana sobre as atividades a serem desempenhadas pelo empregado, bem como sua fiscalização, é que a legislação autoriza o exercício do poder diretivo para organizá-las (artigo 2º, *caput*, CLT). Mas esse exercício deve atrelar-se ao contrato de trabalho, isto é, as ordens emanadas do empregador, bem como a fiscalização do trabalho do empregado ou a sua disciplina, devem sempre se reportar ao escopo estabelecido no contrato de trabalho, visando a melhor organização da produção. Essa é a função que se reconhece ao poder diretivo. O empregador não está livre para gerir outros aspectos da vida do empregado

senão aqueles atinentes ao trabalho que lhe é prestado, porque somente a isso o empregado se obrigou via contrato de trabalho<sup>234</sup>.

Nesse sentido, em princípio, o exercício do poder diretivo não autorizaria a violação do direito à intimidade de seu empregado, visto que este constitui direito personalíssimo e fundamental do qual o empregado não se despoja ao ingressar no ambiente de trabalho. Ocorre que são inúmeras as situações em que o exercício do direito à intimidade do empregado no ambiente de trabalho é abusivo e acaba por prejudicar o exercício das próprias atividades para as quais foi contratado, além de lesionar os interesses da empresa, o que pode prejudicar toda a comunidade de trabalho.

A título de ilustração, seria o caso de um empregado que utilizasse demasiadamente a *internet* durante o horário de trabalho para atividades pessoais ou, ainda, divulgasse alguma informação sigilosa por meio de seu e-mail corporativo. Nessas hipóteses, ao se imiscuir na esfera privada do empregado (verificando os *sites* visitados e os *e-mails* enviados), o empregador permaneceria no pleno exercício de seu poder diretivo, visto que não estaria atendendo somente a seus interesses pessoais, mas também aos interesses comuns à comunidade de empregados, ao preservar o funcionamento adequado da própria empresa. Portanto, o poder diretivo seria exercido em perfeita consonância com o seu fundamento, isto é, direito-função.

Da mesma forma, imaginemos a hipótese em que existe fundada suspeita de que certo empregado tenha ingressado no estabelecimento portando uma arma. Diante desse quadro, pretendendo o empregador realizar revista pessoal no empregado, estaremos diante da colisão entre os seguintes direitos fundamentais: direito à intimidade do empregado suspeito, de um lado, e direito à vida, saúde e segurança dos demais empregados e do próprio empregador, de outro. Nessa situação, o poder diretivo não somente autoriza, como também impõe ao empregador o dever de proceder à revista do empregado, visto que lhe é atribuída a função de atuar tendo em conta o interesse da comunidade de trabalho. O poder diretivo lhe impõe que dê prevalência ao interesse coletivo sempre que estiver em confronto com algum interesse individual.

---

<sup>234</sup> Inclusive, em nosso entendimento, o poder diretivo seria melhor denominado *função diretiva*, visto que o termo *poder* parece aludir muito mais à natureza de direito potestativo do que à de direito-função.



Ou seja, nessas hipóteses, o direito à intimidade deve ter seu âmbito de proteção restringido ao ser sopesado com outros direitos fundamentais. Ressalte-se, na esteira das conclusões de José Gomes Canotilho e Virgílio Afonso da Silva, que o direito à intimidade possui, *prima facie*, o suporte fático mais amplo possível. Mas, diante da colisão com outros direitos fundamentais, seu conteúdo definitivo deve ser restringido sempre que, nos casos concretos, o sopesamento assim o determine<sup>235</sup>.

Outra seria a hipótese em que o empregador, visando tutelar seu próprio patrimônio, realizasse revistas íntimas diárias nos empregados, a fim de averiguar a ocorrência de furto. Nesse caso, por mais que os empregados consentissem em se submeter a tais revistas, deveria prevalecer, no confronto com o poder diretivo, o direito fundamental à intimidade. Isso porque a desigualdade material entre os envolvidos faria com que a vontade dos empregados restasse prejudicada por sua hipossuficiência, como preconizado por Daniel Sarmiento<sup>236</sup>. E, como vimos, o papel dos direitos fundamentais é justamente proteger a pessoa humana em uma relação de poder. Dessa sorte, a realização de tais revistas agrediria frontalmente o valor da dignidade humana, motivo pelo qual sobrelevaria o direito fundamental à intimidade.

Tecidas essas observações gerais, passaremos ao exame de algumas situações em que se constata o conflito entre o direito à intimidade do empregado e o poder diretivo. Não intentamos exaurir todas as hipóteses que envolvam esse conflito, mas apenas demonstrar, através da análise de alguns exemplos extraídos do cotidiano da relação de emprego, como o exercício de ponderação pode ser feito. Salientamos que, como preconizam José Gomes Canotilho e Virgílio Afonso da Silva, o exercício da ponderação deverá sempre ter em conta o exame dos dados presentes no caso concreto. Todavia, visto que alguns tipos de conflito são frequentes no cotidiano laboral, procuraremos oferecer

---

<sup>235</sup> Entendemos que esse sopesamento proposto pelos autores pode ser feito, desde logo, pelo próprio empregador, não necessitando chegar ao Judiciário para ser efetuado, visto que é papel do empregador harmonizar os interesses conflitantes que surjam no cotidiano da empresa. No entanto, se o conflito chegar ao Judiciário será papel do juiz a ponderação de valores, como o próprio Tribunal Superior do Trabalho já teve oportunidade de salientar: “A colisão de princípios constitucionais em que de um lado encontra-se a livre iniciativa (CF/88, art. 170) e de outro a tutela aos direitos fundamentais do cidadão (CF/88, art. 5º, X) obriga o juiz do trabalho a sopesar os valores e interesses em jogo para fazer prevalecer o respeito à dignidade da pessoa humana.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 3074820029001200; 4ª Turma, Rel. Maria Doralice Novaes, Brasília, DO 26/05/2006; Disponível em <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em 19.11.2010).

<sup>236</sup> SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, pp. 256-270.

parâmetros que respaldem a solução adequada para tais conflitos. Afinal, é também da observação da repetição dos conflitos que surgem as regras de solução propostas pelo legislador, bem como as súmulas jurisprudenciais. Além disso, delinearemos brevemente o tratamento que vem sendo conferido a esses temas pela doutrina e jurisprudência.

## **5.2. Informações pessoais e exames médicos**

Um primeiro desdobramento do direito à intimidade do empregado refere-se às informações que o empregador pode exigir tanto do candidato ao emprego, quanto do trabalhador após contratado.

O tratamento de dados do empregado foi destaque na 264<sup>a</sup> reunião do Conselho de Administração da OIT, realizada em novembro de 1995. Nessa ocasião, elaborou-se um repertório com recomendações que incluíam, dentre outras, o princípio segundo o qual o manuseio dos dados pessoais devem se limitar aos assuntos atinentes à relação de emprego, devendo o empregador abster-se de coletar dados sensíveis<sup>237</sup> dos empregados. Quanto à divulgação desses dados, entendeu-se que não deveria ser feita sem consentimento explícito do empregado, salvo quando a informação fosse necessária para a prevenção de riscos graves à vida ou à saúde, para a continuidade da relação de emprego ou para o cumprimento de disposições penais, com autorização legal. O documento determinou, ainda, que os empregados devem ter acesso total às suas informações pessoais<sup>238</sup>.

Em consonância com as orientações preconizadas pela OIT, a legislação portuguesa vem se firmando como uma das mais avançadas e detalhistas em matéria de controle de dados do trabalhador. O artigo 17<sup>o</sup>, n. 1, do Código de Trabalho Português somente autoriza a indagação das informações “estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho.” Em se tratando de informação sensível, nos termos do artigo 7<sup>o</sup>, 1, da Lei 67/98, Amadeu Guerra ensina que o empregador deverá apresentar por escrito ao trabalhador a justificativa daquela informação e em que medida ela se faz necessária para avaliar a sua aptidão<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> Informações referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, origem racial ou étnica, à saúde e à vida sexual e aos dados genéticos.

<sup>238</sup> SIMÓN, Sandra Lia, *op. cit.*, pp. 166-167.

<sup>239</sup> GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 146.

Para o doutrinador português, perante essas justificativas escritas, o trabalhador poderá verificar a pertinência do pedido, sendo legítimo que recuse o fornecimento de dados quando os requisitos legais não estiverem preenchidos<sup>240</sup>. Ainda segundo o autor, essa medida visa observar os princípios da necessidade e da proporcionalidade, evitando a discriminação no acesso ao posto de trabalho<sup>241</sup>.

A Lei 67/98 somente autoriza o tratamento dos dados sensíveis mediante disposição legal ou autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados quando, por motivos de interesse público, esses dados forem indispensáveis ao “exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expreso para esse tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15<sup>o</sup>”<sup>242</sup>. Também autoriza o tratamento dos dados sensíveis nas seguintes hipóteses (artigo 7<sup>o</sup>, 3, Lei 67/98):

- a) Ser necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu

---

<sup>240</sup> *Id., ibid.*, p. 146.

<sup>241</sup> *Id., ibid.*, 2004, p. 147.

<sup>242</sup> Dispõe o art. 15<sup>o</sup> da Lei 67/98:

1 - Os responsáveis pelo tratamento dos dados referidos no n.º 2 do art. 7.º e no n.º 1 do art. 8.º devem tomar as medidas adequadas para:

- a) Impedir o acesso de pessoa não autorizada às instalações utilizadas para o tratamento desses dados (controlo da entrada nas instalações);
- b) Impedir que suportes de dados possam ser lidos, copiados, alterados ou retirados por pessoa não autorizada (controlo dos suportes de dados);
- c) Impedir a introdução não autorizada, bem como a tomada de conhecimento, a alteração ou a eliminação não autorizadas de dados pessoais inseridos (controlo da inserção);
- d) Impedir que sistemas de tratamento automatizados de dados possam ser utilizados por pessoas não autorizadas através de instalações de transmissão de dados (controlo da utilização);
- e) Garantir que as pessoas autorizadas só possam ter acesso aos dados abrangidos pela autorização (controlo de acesso);
- f) Garantir a verificação das entidades a quem possam ser transmitidos os dados pessoais através das instalações de transmissão de dados (controlo da transmissão);
- g) Garantir que possa verificar-se *a posteriori*, em prazo adequado à natureza do tratamento, a fixar na regulamentação aplicável a cada sector, quais os dados pessoais introduzidos quando e por quem (controlo da introdução);
- h) Impedir que, na transmissão de dados pessoais, bem como no transporte do seu suporte, os dados possam ser lidos, copiados, alterados ou eliminados de forma não autorizada (controlo do transporte).

2 - Tendo em conta a natureza das entidades responsáveis pelo tratamento e o tipo das instalações em que é efectuado, a CNPD pode dispensar a existência de certas medidas de segurança, garantido que se mostre o respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados.

3 - Os sistemas devem garantir a separação lógica entre os dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os genéticos, dos restantes dados pessoais.

4 - A CNPD pode determinar que, nos casos em que a circulação em rede de dados pessoais referidos nos arts. 7.º e 8.º possa pôr em risco direitos, liberdades e garantias dos respectivos titulares, a transmissão seja cifrada.

consentimento;

b) Ser efectuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas atividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares;

c) Dizer respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se possa legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos;

d) Ser necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efectuado exclusivamente com essa finalidade.

Importante destacar, ainda, que o artigo 23º, 1, f, da Lei 67/98, buscando atender ao disposto na Diretiva 95/46/CE<sup>243</sup>, conferiu à CNDP competência para fixar o tempo de conservação dos dados pessoais em função de sua finalidade, a fim de garantir o “direito ao esquecimento”, ou seja, impedir a discriminação permanente de trabalhadores que já enfrentaram problemas criminais ou creditícios<sup>244</sup>.

Relativamente à realização ou solicitação de exames médicos, o artigo 19º do Código do Trabalho português somente os admite quando tiverem por finalidade a proteção ou a segurança do trabalhador ou de terceiros ou quando exigências particulares da atividade o justifiquem. O mesmo dispositivo veda a apresentação de testes de gravidez e dispõe que o médico responsável pelos exames médicos apenas pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade, isto é, não pode revelar o motivo da eventual desabilitação:

Art.19.º Testes e exames médicos

1 – Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação

---

<sup>243</sup> Dispõe o art. 6º, alínea e, da Diretiva 95/46/CE: “1. Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão: e) Conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente. Os Estados-membros estabelecerão garantias apropriadas para os dados pessoais conservados durante períodos mais longos do que o referido, para fins históricos, estatísticos ou científicos.”

<sup>244</sup> GUERRA, Amadeu, *op. cit.*, p. 70.

de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação.

2 – O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez.

3 – O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade.

(...).

A legislação brasileira não possui regramentos específicos como os dispositivos portugueses mencionados. No entanto, a Constituição Federal assegura tratamento igualitário entre todos os cidadãos (artigo 5º, *caput* e inciso I), de sorte que as informações obtidas dos candidatos ou empregados não podem se prestar a fins discriminatórios, visando obter informações acerca de crença, opção sexual, origem, dentre outras indagações que não guardem pertinência com a prestação de serviços.

Quanto aos exames médicos, preconiza o artigo 168 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I - a admissão;

II - na demissão;

III – periodicamente.

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:

a) por ocasião da demissão;

b) complementares.

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.

§ 3º - O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da actividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos.

§ 4º - O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de

primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade.

§ 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica.

A Lei 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para o acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, no último caso, as hipóteses do inciso XXXIII do artigo 7º CF, e define como crime as seguintes práticas discriminatórias:

Art. 2º. Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Relativamente às informações a serem indagadas do candidato a emprego ou empregado, a doutrina nacional tem admitido aquelas pertinentes à prestação do serviço contratado. Nesse sentido, Estêvão Mallet elucida que a experiência anterior do empregado constitui um exemplo de informação legítima a ser solicitada (observado o artigo 442-A, CLT), constituindo mesmo um dever do empregado a prestar a referida informação em razão da boa-fé objetiva. O autor menciona certas informações cuja prestação é obrigatória, como o endereço do empregado, tendo em conta a regulamentação para o vale-transporte, bem como o número de dependentes, para efeito de tributação. Contudo, ressalta que o empregador não poderá questionar o empregado sobre sua convicção política, suas preferências sexuais ou religiosas, nem mesmo em se tratando de empregadores de tendência, posto que a liberdade de crença, convicção religiosa ou política são valores constitucionais que se colocam acima da liberdade de organização de tais instituições (artigo 5º, VIII, CF). Diante do artigo 5º, XLV, CF, o autor também não admite a indagação acerca de antecedentes criminais de parentes do empregado. Quanto aos antecedentes criminais do próprio empregado, entende que a melhor construção é a do direito português relativa ao direito ao esquecimento. Por fim, esclarece que não poderão ser efetuados questionamentos acerca das sanções disciplinares anteriormente aplicadas ao

empregado, pois se o artigo 29 CLT proíbe seu registro na CTPS, não faria sentido a indagação de tais informações oralmente. Diante de indagações defesas ao empregador, destaca que o empregado tem a faculdade de não respondê-las, ou ainda de prestar informações falsas, tal como proposto pela doutrina suíça. De outro lado, em se tratando de informação exigível, o silêncio do empregado é que será ilegítimo. Quanto às informações admissíveis mas não obrigatórias, informa que o empregado tem a prerrogativa de não respondê-las, mas se prestar informações falsas, violará o dever de agir de boa-fé<sup>245</sup>.

Ainda no que tange ao direito à informação, Sandra Lia Simón destaca o direito à “autodeterminação informativa”, construído pela jurisprudência alemã, segundo o qual o indivíduo deve ter controle sobre os registros e informações pessoais que lhe digam respeito. A autora realça que o direito à autodeterminação informativa integra o rol das liberdades públicas e que, portanto, deve ser exercido tanto em face do Poder Público, como diante dos demais particulares, inclusive no contexto relação de trabalho como limitação ao poder diretivo. No exercício desse direito, o empregado terá controle total sobre as informações que lhe digam respeito, sendo algumas de suas manifestações destacadas pela autora, em síntese<sup>246</sup>:

- a) O empregador não poderá sequer coletar os chamados dados ‘sensíveis’ (...) pois seria fácil instrumento de ações de discriminação proibidas pela lei. (...).
- b) Quanto aos dados ‘nominativos’, considerados aqueles identificadores da pessoa, tais como propriedades e contas bancárias, admite-se o armazenamento deles pela empresa apenas se estiverem relacionados com o contrato de trabalho ou se houver o consentimento do empregado.
- c) A divulgação dos dados pessoais do trabalhador só pode ser efetuada pelo empregador com o seu expresso consentimento, mesmo que já não seja seu empregado.
- d) O empregador não poderá impedir que o empregado tenha acesso aos seus dados.
- e) Extinto o contrato de trabalho, a manutenção dos dados na empresa depende de autorização do empregado, exceto para os casos previstos em lei (como, por exemplo, aqueles necessários para eventuais fiscalizações da Previdência Social ou do Ministério do Trabalho).
- f) A existência de erros ou falsidades nos registros do trabalhador dá a este o direito de

---

<sup>245</sup> MALLET, Estêvão, *op. cit.*, pp. 47-52.

<sup>246</sup> SIMÓN, Sandra Lia, *op. cit.*, pp. 164-165.

efetuar a respectiva retificação.

g) O empregador não pode utilizar os dados pessoais do empregado para finalidades estranhas à relação laboral.

Quanto à exigência de exames médicos, Estêvão Mallet esclarece que alguns exames são proibidos expressamente pela legislação, tal como o exame de gravidez ou de esterilidade, outros estão proibidos de forma implícita. O autor pondera que é preciso compreender a justa medida em que se dá a proibição. Nesse sentido, a proteção que se volta para a gestante, por exemplo, deve ter outra solução se a atividade a ser desenvolvida puder implicar risco para o feto. Para ele, nesse caso, a solução é admitir o exame, mas preservar o sigilo do resultado<sup>247</sup>.

Sandra Lia Simón admite a realização de exames médicos que visem a conhecer o estado geral de saúde do candidato para verificar se ele está apto para desenvolver aquela função. Para tanto, o empregador deverá informar ao candidato ou ao empregado os tipos de exames que serão realizados para que eles possam se recusar a realizá-los se a exigência extrapolar o limite do poder de direção. De outro lado, não admite teste de gravidez, HIV, ou exame genético, visto que extrapolam o exercício do poder diretivo<sup>248</sup>.

Já o emprego de polígrafos (detectores de mentiras), embora rejeitado pela melhor doutrina<sup>249</sup>, costuma ser tolerado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

Esta Corte, examinando a matéria em epígrafe, vem se pronunciando no sentido de que a adoção pela empresa de teste de polígrafo não configura ofensa ao art. 5º, X, da Constituição Federal<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> MALLETT, Estêvão., *op. cit.*, p. 54.

<sup>248</sup> SIMÓN, Sandra Lia, *op. cit.*, pp. 131-141.

<sup>249</sup> Nesse sentido, MALLETT, Estêvão, *op. cit.*, p. 53 e BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 65.

<sup>250</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 282406920045030092, 8ª Turma, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 16/10/2009. No mesmo sentido: RR 317200309203009, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 15/05/2009; AIRR 1258200407002400, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 17/04/2009; AIRR 316200309203409, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJ 02/02/2007; TRT 3ª Região, RO 00316200309203004, 6ª Turma, Rel. Juíza Emília Facchini, DJ 3/6/2004; TRT 2ª Região, 10ª Turma, RO 00735200203602002, Rel. Vera Marta Publio Dias, DOE 01/06/04.



Em nosso entendimento, tendo em conta as ideias apregoadas no presente trabalho, em princípio, o exercício do poder diretivo não autorizaria a solicitação de informações ou a realização de exames que pudessem representar qualquer constrangimento à esfera íntima do candidato ou do empregado. Isto é, *prima facie* o direito à intimidade deve ter o suporte fático mais amplo possível no que tange ao acesso a informações pessoais do empregado. Isso porque a desigualdade material entre empregador e candidato ou empregado faz com que o direito fundamental em confronto prevaleça sobre a autonomia privada, uma vez que a assimetria de poder prejudica a autonomia de vontade do candidato ou empregado.

Não obstante, o poder diretivo é considerado como direito-função, o que impõe ao empregador o encargo de conduzir a atividade de forma a buscar os objetivos que melhor atentem aos interesses da comunidade de trabalho. Assim, quando as informações pessoais do candidato ao emprego ou do empregado colocarem em risco direitos fundamentais de outros empregados ou do próprio empregador, há que se proceder ao sopesamento entre os direitos fundamentais em confronto.

De fato, a proibição de realização de exame de gravidez, por exemplo, deverá ceder diante de atividade que possa implicar risco à vida ou à saúde do feto, tal como observado por Estêvão Mallet<sup>251</sup>. Nesse caso, o conflito entre o direito à intimidade e o direito à vida deve, certamente, conduzir à prevalência desse último, de forma que o âmbito de proteção do primeiro será reduzido após esse sopesamento.

Outro, no entanto, deve ser o procedimento relativo à obtenção de informações ou realização de exames para apurar se o trabalhador é portador do vírus HIV. Em princípio, poder-se-ia questionar se a invasão à intimidade do empregado portador de tal doença não seria justificada pelo risco à saúde dos demais empregados. Todavia, a Organização Mundial de Saúde, em conjunto com a OIT, elaborou uma declaração sobre a AIDS e o local de trabalho em que faz prevalecer a intimidade e dignidade do trabalhador portador da doença. A medida tem em conta que, na quase totalidade dos casos, o trabalho não implica qualquer risco de transmissão do vírus, de sorte que não se justifica a invasão da intimidade. O candidato pode, inclusive, ocultar do empregador que é portador de tal doença. Mesmo em havendo risco de contaminação em virtude do trabalho desempenhado,

---

<sup>251</sup> MALLET, Estêvão, *op. cit.*, p. 54.

a declaração preconiza que devem ser tomadas as providências necessárias para tal perigo<sup>252</sup>. A declaração das organizações internacionais mencionadas vai ao encontro das ideias apregoadas por Virgílio Afonso da Silva e José Joaquim Gomes Canotilho pois, a restrição ao direito fundamental deve ser sempre a menor possível, de sorte a se preservar, ao máximo, o suporte fático que tal direito possuía *prima facie*, antes de ser confrontado com outros direitos fundamentais.

Com relação à indagação acerca dos antecedentes criminais ou creditícios do empregado, novamente o direito à intimidade entraria em confronto com o direito à segurança e mesmo com o direito à vida dos demais empregados. Não obstante, o sacrifício do direito à intimidade não se justifica nesse caso. Isso porque, há que se garantir o “direito ao esquecimento”, conforme disposto na legislação portuguesa (artigo 23º, n. 1, *f*, da Lei 67/98), sob pena do trabalhador ser banido do mercado de trabalho.

A indagação acerca de sanções disciplinares anteriormente impostas ao empregado encontra óbice no artigo 29 CLT, regra que revela um sopesamento anterior já realizado pelo próprio legislador, conforme preconizado por Virgílio Afonso da Silva. Nessa hipótese, o próprio legislador entendeu por bem dar prevalência ao direito à intimidade.

Quanto ao emprego de polígrafos, entendemos que não se justifica a invasão à intimidade. Embora já tenha sido admitido o emprego de polígrafo quando existe risco à segurança de terceiros, como na aviação, o resultado do exame não é preciso quanto à constatação da mentira. O equipamento apenas registra as mudanças fisiológicas na pressão arterial e na respiração, o que pode ser provocado não somente por eventual mentira do trabalhador, como também pode ter inúmeras outras causas como, aliás, já admitido por parte da jurisprudência<sup>253</sup>. Dessa sorte, entendemos que o meio é inidôneo para justificar a restrição ao direito à intimidade do empregado. Em se tratando de profissão que requeira algum exame especial por colocar em risco a segurança de terceiros, o empregador pode se valer de outros instrumentos que representem menor restrição à esfera íntima do trabalhador.

---

<sup>252</sup> SIMÓN, Sandra Lia, *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>253</sup> Nesse sentido: BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, RO 01275200331102009, 6ª Turma, Rel. Valdir Florindo, DOE 14/10/2005.

### 5.3. Revistas

Outro tema envolvendo o direito à intimidade no ambiente de trabalho diz respeito à revista sobre o corpo do trabalhador ou em seus pertences.

Alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros contêm disposições específicas acerca da possibilidade de revista no ambiente de trabalho. O *Estatuto de los Trabajadores* espanhol, por exemplo, destaca que a revista deverá respeitar ao máximo a dignidade e a intimidade do empregado, tolerando que seja utilizada como ferramenta para a proteção do patrimônio empresarial:

Art. 18. Inviolabilidad da pessoa do trabalhador. Somente se poderão realizar revistas sobre a pessoa do trabalhador, em seus armários ou bens pessoais, quando necessárias para a proteção do patrimônio do empregador e dos demais trabalhadores da empresa, dentro do local de trabalho e no horário de trabalho. Em sua realização se respeitará ao máximo a dignidade e a intimidade do trabalhador e se contará com a assistência de um representante legal dos trabalhadores ou, em sua ausência, de outro trabalhador da empresa, sempre que isso seja possível (tradução nossa)<sup>254</sup>.

No mesmo sentido, o *Statuto dei Lavoratori* italiano preconiza que se respeite a intimidade e a dignidade do empregado, admitindo apenas as revistas indispensáveis à tutela do patrimônio empresarial, desde que realizadas na saída do estabelecimento e mediante método definido em concordância com representantes dos empregados:

Art. 6. Revistas pessoais. As revistas pessoais ao trabalhador são proibidas, exceto nos casos em que são essenciais para a proteção do patrimônio empresarial, das ferramentas de trabalho, das matérias-primas ou dos produtos. Em tais casos, as revistas pessoais poderão ser feitas apenas se forem realizadas na saída do local de trabalho, desde que sejam garantidas a dignidade e a privacidade do trabalhador e que ocorram com a aplicação de sistemas de seleção automática à comunidade ou a grupos de trabalhadores. Nos casos em que as revistas pessoais possam ser efetuadas, bem como naqueles sujeito às condições especificadas no parágrafo segundo deste artigo, o

---

<sup>254</sup> Redação original: “Art. 18. *Inviolabilidad de la persona del trabajador. Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.*”

método deve ser aprovado pelo empregador com a representação sindical dos empregados na empresa ou, na falta deste, com a comissão interna de empregados (...) (tradução nossa)<sup>255</sup>.

Como já mencionado no presente trabalho, entre nós, a única menção feita às revistas encontra-se no artigo 373-A, VI, CLT, que dispõe ser vedado ao empregador ou preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas.

Homero Batista Mateus da Silva pondera que o dispositivo se mostra bastante infeliz. Primeiro, porque veta apenas a revista feita diretamente pelo empregador ou preposto às empregadas, dando a entender que se autorizam as revistas íntimas feitas pelas prepostas do empregador às empregadas. Segundo porque o dispositivo não menciona a revista feita em homens, o que poderia conduzir à conclusão de que é autorizada a verificação dos pertences dos empregados do sexo masculino<sup>256</sup>.

Em vista do princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, e inciso I, CF), o artigo 373-A, IV, CLT também deve ser aplicado aos empregados do sexo masculino<sup>257</sup>. No entanto, esse preceito nem de longe se mostra exaustivo diante de tema que ainda suscita tantas controvérsias.

Luiz José de Mesquita mostra-se contrário a qualquer forma de revista, entendendo que ela atenta contra a dignidade do empregado<sup>258</sup>. Em sentido contrário, João de Lima Teixeira Filho destaca que a revista pode ser feita com a finalidade de evitar a subtração de bens do empregador, desde que guarde discricção, envolva a generalidade dos

---

<sup>255</sup> Redação original: “*Visite personali di controllo. Le visite personali di controllo sul lavoratore sono vietate fuorché nei casi in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti. In tali casi le visite personali potranno essere effettuate soltanto a condizione che siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro, che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori. Le ipotesi nelle quali possono essere disposte le visite personali, nonché, ferme restando le condizioni di cui al secondo comma del presente articolo, le relative modalità debbono essere concordate dal datore di lavoro con le rappresentanze sindacali aziendali oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna (...).*”

<sup>256</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Segurança e Medicina do Trabalho. Trabalho da Mulher e do Menor*. v. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 160.

<sup>257</sup> Nesse sentido, o Enunciado n. 15, item II, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (23/11/2007).

<sup>258</sup> MESQUITA, Luiz José de *apud* BARROS, Alice Monteiro de., *op. cit.*, p. 74.

trabalhadores, seja realizada por pessoa do mesmo sexo e não chegue a expor a nudez ou posições vexatórias<sup>259</sup>. No mesmo sentido, Estêvão Mallet pondera que revistas ou inspeções sem caráter íntimo encontram amparo no poder diretivo do empregador e não estão peremptoriamente afastadas, assim como o exame de bolsas, sacolas ou armários<sup>260</sup>.

Para Alice Monteiro de Barros, a revista nos pertences do empregado se justifica quando não traduz o mero comodismo do empregador. Isto é, a revista não pode se prestar à tutela genérica da propriedade, mas devem existir circunstâncias concretas que a justifiquem, como no caso de empresa que tenha por atividade-fim o transporte e guarda de dinheiro. A fiscalização deve visar a proteção do patrimônio do empregador e a segurança das pessoas. Mesmo nessas hipóteses, a forma como é feita a revista jamais poderá ser vexatória para o empregado. Deve, ainda, ser de caráter geral e impessoal, realizada no próprio estabelecimento, na saída do trabalho e, apenas em caráter excepcional, tolerada na entrada ou durante a execução de serviço, tendo em conta a segurança dos demais empregados. Quanto à revista realizada sobre o corpo do empregado, a autora defende que será atentatória à intimidade a inspeção que requeira que o indivíduo se desnude. Por fim, admite a realização de revista em espaços reservados ao empregado (como armários, mesas e escrivaninhas) quando necessária à preservação do patrimônio do empregador ou como medida de segurança aos demais empregados<sup>261</sup>.

José Affonso Dallegrave Neto propõe a seguinte distinção entre as formas de revista:

- a) Revistas íntimas sobre a pessoa do empregado;
- b) Revistas íntimas sobre os bens do empregado;
- c) Revistas não íntimas<sup>262</sup>.

O autor entende que as revistas íntimas sobre a pessoa, isto é, a prática de revistar intimamente os empregados deixando-os desnudos ou com roupas íntimas para

---

<sup>259</sup> SÜSSEKIND, Arnado *et al*, *op. cit.*, p. 646.

<sup>260</sup> MALLET, Estêvão, *op. cit.*, p.19.

<sup>261</sup> BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, pp. 76-83.

<sup>262</sup> DALLEGRAVE NETO. José Affonso. O procedimento de revista íntima. Possibilidade e restrições. In: *Trabalho da Mulher*. Homenagem a Alice Monteiro de Barro. FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. (coord.). São Paulo: LTr, 2009, p. 209.

serem apalpados ou fitados, serão sempre abusivas, ilícitas e indenizáveis, encontrando óbice no artigo 187 do Código Civil. A segunda espécie, ou seja, as revistas íntimas sobre os bens do empregado, tais como em suas bolsas, carteiras, armários, mesas e outros espaços privativos somente são legítimas, na visão do autor, se precedidas de outros meios que apontem para uma suspeita razoável que recaia sobre o empregado. Seria o caso de uma prévia captura de imagem em câmera interna ou alarme de etiqueta magnética inserida em bens da empresa. Por fim, as revistas não íntimas, isto é, sem contato físico e procedidas à distância, através de passagem em portas de detector de metal, aparelho de raio X, câmeras de vídeo, dentre outros, são legítimas para o doutrinador<sup>263</sup>. Contudo, mesmo nas duas últimas hipóteses em que admite a realização das revistas, o autor aponta os seguintes critérios objetivos a serem observados:

- a) A intensidade e a invasividade do procedimento da revista devem ser proporcionais às razões que as justificam. (...)
- b) Há que haver circunstâncias concretas e específicas a justificar a revista, sendo vedada aquela de forma rotineira e de caráter meramente preventivo. (...)
- c) A eventual recusa do empregado em se submeter ao procedimento de revista não gera presunção de culpabilidade<sup>264</sup>.

As revistas realizadas sobre o corpo do empregado não costumam ser admitidas pelo TST, especialmente aquelas que exponham o empregado à situação vexatória, como se extrai do exemplo abaixo:

A atividade patronal, qualquer que seja, não justifica expor o empregado à revista vexatória, ainda que seja apenas visual e que o empregado mantenha suas roupas íntimas; prática esta abusiva que excede o poder diretivo do empregador, pois atinge a intimidade e a dignidade do ser humano, direitos pessoais intransponíveis, previstos nos incisos III e X do artigo 5º da Lei Maior. O empregador não se apropria do pudor das pessoas ao contratá-las. Se a empresa necessitasse fazer controle dos medicamentos, deveria ter adotado outros meios de fiscalização, capazes de impedir

---

<sup>263</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 209-211.

<sup>264</sup> Para o autor, o efeito da recusa não pode ser o da presunção de culpa, mas apenas o de ensejar ao empregador o direito de acionar a autoridade policial. Dallegrave ressalta o “princípio da investidura fática” como o melhor critério para o julgador constatar se o procedimento patronal é abusivo. Isto é, o juiz deve colocar-se no lugar da vítima no momento de arbitrar o valor do dano moral, imaginando, por hipótese, como se sentiria se ele próprio (magistrado) fosse submetido à forma de controle imposta pelo empregador. *Id.*, *ibid.*, pp. 212-215.

delitos, preservando, no entanto, a intimidade de cada um. E esses outros meios de fiscalização a empresa encontrou e adotou, passando a utilizar detectores de metais, o que mostra que a revista levada a cabo pela reclamada não era a única forma de se verificar eventual desvio de medicamentos. Como bem entendeu o e. TRT, essa alteração apenas reforça o entendimento de que a conduta anterior da empresa não estava correta<sup>265</sup>.

O ministro João Oreste Dalazen já se pronunciou no sentido de que a revista íntima não pode ser tolerada ainda que realizada por pessoa do mesmo sexo:

1. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor, ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário.
2. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional.
3. Irrelevante a circunstância de a supervisão ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado, caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal (art. 5º, XI e XII, da CF).
4. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da Empregada.

---

<sup>265</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 241001020075020061, 3ª Turma, Rel. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 06/08/2010. Disponível em <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/index.jsp>> Acesso em 19/11.2010. No mesmo sentido: Ag-AIRR 4089407220055150129, Rel. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DJ 28/06/2010; RR 749000420045150058, Rel. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DJ 09/04/2010; RR 641571/2000, 4ª Turma, Rel. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 21/02/2003; RR 360902/1997, 2ª Turma, Rel. Ministro Vantuil Abdala, DJ 08/06/2001; RR 533.779/1999, 2ª Turma, Rel. Juiz Convocado Samuel Corrêa Leite, DJ 06/02/2004; RR 512905/1998, 2ª Turma, Rel. Juiz Convocado José Pedro de Camargo, DJ 07/02/2003; RR 426.712/1998, 5ª Turma, Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, DJ 25/10/2002 e a seguinte decisão que bem esclarece o que deve ser entendido por revista íntima: “O que é intimidade? É certo que cada ser humano tem seus próprios limites de intimidade e publicidade, expondo ou não aquilo que entende íntimo em contraponto à exposição daquilo que entende público. A revista, para que seja íntima, não precisa expor a nudez do empregado ou, mesmo se traduzir em toque manual por outra pessoa. Revista íntima, portanto, é aquela que leva o empregado a expor alguém partes de sua intimidade que normalmente não são expostas no ambiente de trabalho. Portanto, ao contrário do que sustenta a reclamada, as revistas a que era exposta a reclamante são íntimas, porquanto ela tinha que elevar sua blusa acima da barriga e erguer suas calças até a altura dos joelhos, situação que, evidentemente, não ocorria no ambiente de trabalho.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 734401220095030032, 6ª Turma, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 28/06/2010).

5. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X).

(...)

Note-se, outrossim, que a natural vaidade do sexo feminino torna, por vezes, constrangedor por-se à vista, na sua completa ou parcial nudez, ainda que seja a outra mulher. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo da empregada, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da reclamante<sup>266</sup>.

De outro lado, a revista em pertences dos empregados já foi reiteradamente admitida pelo TST para salvaguarda do patrimônio do empregador, desde que sem caráter discriminatório ou persecutório, e respeitada a dignidade do empregado, como se constata no seguinte aresto:

Este Tribunal tem reiteradamente entendido que a inspeção visual de bolsas, pastas e sacolas dos empregados, sem contato corporal entre chefia e empregado ou necessidade de despimento, e ausente qualquer evidência de que o ato possua natureza discriminatória, não é suficiente para, por si só, ensejar o pagamento de compensação por dano moral. Com efeito, não há falar em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana ou à presunção geral de inocência, porquanto o ato empresarial revela exercício regular de proteção de seu patrimônio, que, por seu caráter generalizado, é incapaz de acarretar constrangimento ou lesão à privacidade dos inspecionados<sup>267</sup>.

Há, contudo, decisões contrárias no TST, isto é, no sentido de que mesmo a revista em pertences do empregado pode ferir a sua intimidade, a exemplo da seguinte:

Restringir a aplicação do preceito da CLT às hipóteses em que se desnuda ou se toca o corpo significaria, com vênia, reduzir a mulher a uma de suas muitas expressões,

---

<sup>266</sup> Tribunal Superior do Trabalho. RR-219500-18.1999.5.05.0009. Ac. 1ª Turma. Rel. João Oreste Dalazen, DJ 09/07/2004. Disponível em <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em 1.12.2010.

<sup>267</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 335007420045090670. Ac. 8ª Turma. Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 12/11/2010. Disponível em <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em 19/11/2010. No mesmo sentido: RR 79100-31.2007.5.09.0665, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 18/6/2010; RR-3.587/2006-016-09-00, 6ª Turma, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 1º/8/2008; RR-5.492/2005-050-12-00.3, 4ª Turma, Min. Barros Levenhagen, DJ 9/11/2007; RR-615.854/1999.8, 3ª Turma, Min. Alberto Bresciani, DJ 10/11/2006.



como se o direito à preservação de sua intimidade não pudesse resguardar outros hemisférios de seu mundo real ou sensível que gozam de absoluta privacidade. A bolsa da mulher - sem discriminação da mulher trabalhadora - é dela uma extensão, o seu recôndito, o lugar indevassável onde se guardam os objetos de apreço pessoal, que só a ela cabe revelar. As regras de trato social, por todos conhecidas, bem dizem da inviolabilidade das bolsas de uso feminino, enquanto assim se apresentam. Se é indubitável que a bolsa portada pela empregada é uma expressão de sua intimidade, um *locus* em que se guardam os seus guardados íntimos, o tratamento a ela dispensado deve ser, rigorosamente, aquele mesmo que se dispensa à bolsa da cliente da loja, ou das transeuntes enfim. O poder empresarial não pode menoscabar o balizamento constitucional no âmbito da relação de emprego, por óbvio<sup>268</sup>.

Nesse mesmo sentido, já se pronunciou o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, em acórdão de relatoria do desembargador Ney José de Freitas:

A revista do empregado ou de seus pertences, ao devassar sua intimidade, impinge ofensa à sua dignidade como pessoa humana, o que ultrapassa o poder diretivo do empregador pois atinge bem juridicamente tutelado, constituindo-se em ato ilícito, sujeito a reparação<sup>269</sup>.

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pela Anamatra em 23 de novembro de 2007, resultou na elaboração do Enunciado n.15, que afastou qualquer possibilidade de revista:

Revista de Empregado. I – Revista – Ilícitude. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. II – Revista Íntima – Vedação a ambos os sexos. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição

---

<sup>268</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 507500-32.2004.5.09.0006, Rel. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DJ 19/11/2010. Disponível em <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em 20.11.2010.

<sup>269</sup> BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 12314-2002-003-09-00-5, Rel. Ney José de Freitas, DJPR 23/07/2004. Disponível em <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=829738](http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=829738)> Acesso em 23.12.2010.

da República<sup>270</sup>.

Imperioso lembrar que o enunciado não possui caráter cogente, mas expressa a síntese das conclusões a que os renomados juristas participantes da jornada chegaram na ocasião.

Em vista das ideias por nós defendidas, a revista deve ser vista com algumas restrições pois, como bem esclarecido por Alice Monteiro de Barros, trata-se de verdadeira atividade de polícia privada, de sorte que só pode ser admitida em circunstâncias excepcionais<sup>271</sup>. Assim, como bem pontuado por Estêvão Mallet, se o resultado puder ser obtido sem a revista, fica ela vedada, como decorrência do princípio geral da proporcionalidade, que tem em vista a preservação da dignidade da pessoa<sup>272</sup>.

Para nós, a revista pode ser realizada quando envolver risco à vida ou à segurança dos demais empregados (como no caso de empregado suspeito de ingressar no estabelecimento portando uma arma). Nesse caso, o sopesamento entre o direito fundamental à intimidade, de um lado, e o direito à vida e à segurança, de outro, impõe a prevalência dos últimos. Mesmo nesse caso, a inspeção não poderá ser vexatória.

De outro lado, a revista para tutela do patrimônio do empregador deve ser vista com cautela. Como bem sublinhado por Sandra Lia Simón, a opção de parte da doutrina e da jurisprudência nacional em tolerar a realização das revistas como manifestação do poder diretivo, “não foi feita com base no juízo de ponderação que norteia a solução das colisões de direitos”<sup>273</sup>. A autora traduz severas críticas ao artigo 18 do *Estatuto de los Trabajadores* que, além de ferir a presunção de inocência, consagra a defesa sem limites da propriedade, ignorando o direito à intimidade dos empregados<sup>274</sup>. Ainda segundo a autora, “as pequenas ‘diminuições’ no patrimônio fazem parte do risco do negócio. Ademais, a confiança deve ser a base da relação empregatícia (...)”<sup>275</sup>. Além disso, é

---

<sup>270</sup> Disponível em <[http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados\\_aprovados.cfm](http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm)> Acesso em 28/11/2010.

<sup>271</sup> BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 82.

<sup>272</sup> MALLETT, Estevão, *op. cit.*, p.20.

<sup>273</sup> SIMÓN, Sandra Lia, *op. cit.*, p. 148.

<sup>274</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 145.

<sup>275</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 147.

sempre importante lembrar que o empregador pode se valer de inúmeras outras ferramentas menos invasivas para fiscalização de seu patrimônio, tais como, controle de estoque, etiquetas magnéticas e mesmo vigilância através de circuito interno de televisão.

Quanto à revista nos pertences ou espaços reservados aos empregados, entendemos que a inspeção pode igualmente submeter o trabalhador a constrangimento, visto que podem revelar aspectos de sua privacidade, como mencionado na decisão acima citada<sup>276</sup>. Portanto, para nós, a essa revista devem ser impostos os mesmos limites a que se submetem as revistas pessoais. Ela somente poderá ser admitida quando colocar em risco a vida, a segurança ou outros direitos fundamentais dos demais trabalhadores que, sopesados com o direito à intimidade do trabalhador revistado, justifiquem a restrição do âmbito de proteção desse último, conclusão a que nos conduzem as ideias dos constitucionalistas examinados no capítulo 4.

#### **5.4. Circuito interno de televisão**

O controle à distância das atividades desenvolvidas pelo empregado, por meio de circuito interno de televisão, é prática vedada pelo *Statuto dei Lavoratori* italiano. A ferramenta apenas é admitida por aquele ordenamento se tiver por escopo o controle produtivo ou a segurança dos empregados, mediante anuência do sindicato:

Art. 4. Equipamentos audiovisuais. È proibido o uso de equipamentos audiovisuais e outros equipamentos para o controle à distância das atividades dos trabalhadores. Os equipamentos de controle exigidos pelas necessidades organizacionais e produtivas ou pela segurança do trabalho, mas dos quais deriva a possibilidade de monitoramento à distância das atividades dos trabalhadores, podem ser instalados somente após acordo prévio com a representação sindical dos empregados na empresa, ou, na falta destes, com a comissão interna de empregados (...). (tradução nossa)<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 507500-32.2004.5.09.0006, Rel. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DJ 19/11/2010. Disponível em <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em 20.11.2010

<sup>277</sup> Redação original: “*Impianti audiovisivi. È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna (...).*”

Nossa ordem jurídica não possui proibição semelhante, de sorte que o controle por meio de circuito interno de televisão, em geral, vem sendo aceito pela doutrina nacional, desde que as câmeras não sejam instaladas em locais considerados privativos do empregado. Nesse sentido é o posicionamento de Sérgio Pinto Martins, que considera lícita a instalação de câmeras ou microfones para fiscalização do empregado, desde que seu emprego não seja vexatório. Para o autor, somente viola a intimidade do empregado a instalação de tais mecanismos em banheiros, vestiários e outros locais privados<sup>278</sup>. No mesmo sentido, Marcos Neves Fava e Eliane Aparecida da Silva Pedroso entendem que não se justifica a instalação de câmeras fotográficas ou filmadoras em banheiros e vestiários com o propósito de distinguir as paradas por necessidade daquelas decorrentes de desídia<sup>279</sup>.

Em geral, o TST vem admitindo o controle do processo produtivo por meio de circuito interno de televisão com o fim de otimizar o processo produtivo, todavia também rechaça seu uso em locais privados ou destinados ao descanso do trabalhador:

No caso em análise, devem ser considerados a gravidade da conduta (instalação de câmeras de vídeo em banheiros), o tipo do bem jurídico tutelado (honra, intimidade, vida privada) e a repercussão do ato no mundo exterior (segundo o Tribunal Regional, houve comentários dentro da corporação e o vazamento da notícia foi inevitável). Assim, inegável que os obreiros tiveram sua privacidade invadida, com violação do direito à intimidade. Ademais, o acórdão é claro ao expor o entendimento de que a medida se revelou excessiva e desnecessária, pois, se a Reclamada buscava garantir a integridade física de seus empregados, tendo em vista inúmeros ataques praticados pela facção criminosa PCC, deveria ter atuado preventivamente, adotando um sistema de segurança na portaria, impedindo eventual acesso dos criminosos à parte interna da corporação policial. Por último, registre-se que a instalação de câmera em banheiro acarreta para o usuário um forte constrangimento, com um considerável sentimento de humilhação (...)<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 117-118.

<sup>279</sup> FAVA, Marcos Neves e PEDROSO, Eliane Aparecida da Silva. Direitos da personalidade. Novo Código Civil e repercussões no Direito do Trabalho. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/trabalho.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2007.

<sup>280</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 701405520075150007, Rel. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DJ 28/05/2010. Disponível em <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/index.jsp>> Acesso em 20/11/2010. No mesmo sentido: AIRR 1970406120035030103, Rel. Ricardo Alencar Machado, 3ª Turma, DJ 28/10/2005; e AIRR 730400320055040002, Rel. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, 1ª

Em nosso entendimento, a restrição imposta pelo emprego das câmeras ao âmbito de proteção *prima facie* do direito à intimidade é muito menor do que aquela derivada das revistas. Essa forma de controle não se nos afigura como excessiva<sup>281</sup>, mas constitui uma boa alternativa à inspeção pessoal, atendendo ao princípio da razoabilidade<sup>282</sup>. É preciso considerar, porém, que as câmeras não podem substituir as revistas por completo pois, como bem pontuado por Homero Batista Mateus da Silva, elas conseguem apresentar apenas um panorama geral da fábrica ou distribuidor, mas não se mostram capazes de captar detalhes ou ângulos mais discretos ao alcance das mãos do empregado, exceto com um sistema de monitoramento muito mais custoso para o empregador, inviável para a maioria dos empreendimentos<sup>283</sup>.

Além de permitir a segurança de toda a comunidade de trabalho, o que se coaduna com a função do poder diretivo, as câmeras também permitem melhor controle do processo produtivo, o que também interessa à comunidade de trabalho. Logo, para nós, o uso de câmeras de vigilância pode ser admitido, desde que o aparato de controle não seja empregado em locais de descanso ou intimidade do trabalhador, como banheiros ou vestiários, posto que nesse caso à restrição ao direito à intimidade seria excessiva e desarrazoada. Também é preciso que o empregado seja informado previamente acerca do controle, como bem salientado por Estêvão Mallet<sup>284</sup>. Caso contrário, haveria verdadeira agressão à intimidade, visto que qualquer indivíduo costuma revelar aspectos muito mais íntimos de sua personalidade quando não sabe que está sendo observado.

---

Turma, DJ 04/05/2007.

<sup>281</sup> Sandra Lia Simón considera como “excessivo” o monitoramento constante em que as câmeras estejam voltadas diretamente para uma recepcionista, visto que suas atividades podem ser controladas através de outros métodos, como relatórios, dentre outros. SIMÓN, Sandra Lia. *op. cit.*, p. 155.

<sup>282</sup> Nesse sentido também é o posicionamento de Alice Monteiro de Barros. BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.*, p. 86.

<sup>283</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Segurança e Medicina do Trabalho. Trabalho da Mulher e do Menor*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 159.

<sup>284</sup> MALLET, Estêvão. *Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho*. Revista do TRT 6ª Região, vol. 19, n. 36, Recife, 2009, p. 41.

## 5.5. Controle do uso do computador

A última questão relacionada à intimidade no ambiente laboral a ser examinada nesse trabalho diz respeito ao acesso, pelo empregador, do correio eletrônico ou das páginas da *internet* visitadas pelo empregado durante a jornada de trabalho.

O artigo 22º do Código do Trabalho português fixou norma específica acerca da confidencialidade de mensagens e de acesso a informação, dispondo que o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade quanto ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e das páginas consultadas, resguardado o poder do empregador de estabelecer regras para a utilização dessas ferramentas:

Art. 22. Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação.

1 – O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico.

2 – O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico.

O dispositivo tem respaldo no artigo 34º, 1, da CRP<sup>285</sup> e protege mensagens de natureza pessoal, isto é, aquelas que se situam na esfera extra-profissional do trabalhador. Segundo a doutrinadora portuguesa Maria Regina Redinha, a natureza pessoal de uma mensagem apura-se residualmente, de sorte que qualquer elemento que torne uma mensagem, direta ou indiretamente, relacionada com a atividade profissional desenvolvida retira-lhe o carácter pessoal. Dessa forma, entende ser possível presumir como profissionais as mensagens recebidas através de equipamentos de propriedade da empresa dirigidas para um endereço, conta ou número de telefone coletivo, porque nesses casos não existe uma expectativa de confidencialidade. Para a autora, o direito de reserva consagrado nesse

---

<sup>285</sup> Dispõe o art. 34º, 1, CRP: “O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.”

dispositivo é um direito disponível, isto é, o consentimento expresso do trabalhador autoriza a interceptação da mensagem pelo empregador<sup>286</sup>.

O mesmo artigo permite que o empregador estabeleça regras impondo limites aos trabalhadores quanto à utilização dos e-mails e da *internet*, seja por meio de regulamento interno ou instruções individualizadas. Amadeu Guerra defende que a entidade patronal deve informar os trabalhadores sobre os limites à navegação, bem como sobre a possibilidade de controle. Leciona que esse controle pelo empregador não deve ser permanente e sistemático, mas deve ser realizado em circunstâncias excepcionais, atendendo a razões de custos ou produtividade, e sem identificação dos postos de trabalho<sup>287</sup>.

O *Estatuto de los Trabajadores* espanhol não contém dispositivo semelhante ao encontrado no Código do Trabalho português, deixando a cargo da jurisprudência e da doutrina a definição dos contornos do tema. O Tribunal Superior de Justiça de Cataluña já proferiu decisão no sentido de que a ausência de instruções e ordens concretas proibindo o uso de tais ferramentas não constitui permissão para seu uso conforme o “capricho e conveniência do empregado”, visto que o trabalhador deve cumprir suas obrigações contratuais com boa fé e diligência<sup>288</sup>. No mesmo sentido, o Tribunal Superior de Justiça da Galícia entendeu que, independentemente da contratação de “tarifa plana” pela empresa, e do conseqüente custo baixo incorrido pelo trabalhador ao acessar a *internet*, não se pode esquecer que este tempo deveria ser dedicado ao trabalho e não a assuntos pessoais<sup>289</sup>. Da mesma forma, o Tribunal Superior de Justiça Andalucía/Málaga, concluiu que o computador é instrumento de trabalho de propriedade da empresa e não deve ser utilizado para fins distintos da realização da atividade laboral<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> REDINHA, Maria Regina. *Direitos de Personalidade*. Disponível em <[www.direito.up.pt/cije\\_web/backoffice/uploads/publicacoes/direitos\\_personalidade\\_annot.pdf](http://www.direito.up.pt/cije_web/backoffice/uploads/publicacoes/direitos_personalidade_annot.pdf)> Acesso em 6.3.09.

<sup>287</sup> GUERRA, Amadeu, *op. cit.*, pp. 398-399.

<sup>288</sup> ARANDA, Javier Thibault, *Control Multimedia de La Actividad Laboral*. Valencia: Tirant to blanch, 2006, pp. 67-68.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 65-67.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 68.

O doutrinador espanhol Javier Thibault Aranda também entende que o correio eletrônico e a *internet* são ferramentas de trabalho e, ao utilizá-las para fins pessoais, o empregado abdica de tempo que deveria ser dedicado ao trabalho. No entanto, ensina que o uso moderado deve ser tolerado, tal como o uso do telefone, por exemplo, para avisar que chegará mais tarde em casa ou para realizar um chamada telefônica que não se pode realizar fora da jornada de trabalho. Fora dessas hipóteses excepcionais, o autor entende que se faz necessário o consentimento da empresa para a utilização do equipamento para fins pessoais<sup>291</sup>. Defende ainda que, independentemente de autorização por parte da empresa, o uso abusivo de tais meios, implica a possibilidade de aplicação de sanção ao empregado, por transgressão à boa fé contratual. No entanto, para o autor, é necessário ponderar a gravidade da conduta para a aplicação da sanção. Assim, não é qualquer uso irregular que resulta em dispensa, sendo necessário que a gravidade da conduta justifique a aplicação desta penalidade máxima. Destarte, não se pode considerar que a conduta do trabalhadores se reveste da mesma gravidade quando existe um clara proibição por parte da empresa e quando ela nada disse sobre a utilização de tais ferramentas para uso pessoal. Tal gradação de penalidades é também adotada pela jurisprudência espanhola<sup>292</sup>.

Em nossa legislação também não há disposição específica acerca da possibilidade de fiscalização do conteúdo do computador atribuído ao empregado. A melhor doutrina nacional tem admitido a fiscalização desde que o empregado seja antecipadamente informado sobre a possibilidade dessa forma de controle<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 65-67.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 71-72. Nesse sentido, o autor menciona: STSJ Cataluña, de 14 de novembro de 2000 (AS 2000, 344), STSJ Galicia, de 4 de outubro de 2001 (AS 2001, 3366), STSJ Madrid, 4 de dezembro de 2001 (AS 2002, 789), dentre outras.

<sup>293</sup> Estêvão Mallet elucida que a fiscalização será legítima desde que o empregado tenha sido informado previamente da existência do aparato de controle, não sendo possível a vigilância clandestina. MALLET, Estêvão, *op. cit.*, pp. 68-69. Alice Monteiro de Barros considera que o poder diretivo justifica o controle, quando o empregador comunica ao empregado sobre a fiscalização, lembrando-o que o uso do computador se destina às atividades laborais. Nesse caso, se o empregado se utiliza do e-mail corporativo para fins particulares, durante o horário de serviço, o empregador poderá controlar os sites visitados, bem como ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Contudo, se faltar esse aviso por parte do empregador, a violação do sigilo de e-mail do empregado pelo empregador, ferirá dois preceitos constitucionais: a proteção conferida à intimidade pelo art. 5º, X, CF e o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas do art. 5º, inciso XII, CF. BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 606. Para Sandra Lia Simón, a solução mais adequada para esse conflito é a inclusão de uma cláusula contratual que permita à empresa a checagem dos *e-mails* dos empregados, seja no decorrer da relação laboral ou na fase de contratação. SIMÓN, Sandra Lia, *op. cit.*, p. 162. Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá ponderam que o controle da correspondência eletrônica dos empregados não implica renúncia a seu direito à intimidade, quando antecipadamente informados do uso restrito para as



O TST também vem reconhecendo inexistência de violação do direito constitucional à intimidade quando a empresa proíbe expressamente a utilização do computador para fins pessoais:

Como se infere, a Corte de origem, soberana na análise dos elementos fático-probatório dos autos, entendeu que não houve afronta ao direito constitucional de intimidade. É que a questão, não se trata de ingerência à vida privada do empregado, mas, sim, de desrespeito à norma interna da empresa que, expressamente, proíbe o uso de correio eletrônico corporativo, para divulgar material pornográfico. Não se trata, assim, de discutir se o autor apenas repassou a mensagem a apenas alguns colegas mais próximos. Verifica-se, de forma contundente a inobservância da regra imposta pela reclamada. Ademais, de acordo com o descrito no acórdão regional, efetivamente o autor teve conhecimento do conteúdo da mensagem. Destarte, não se constata afronta ao artigo 5º, X e XIII, da Constituição Federal, até porque, entendimento em contrário implica revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula no 126 desta Corte<sup>294</sup>.

O TST entende, ainda, que o correio eletrônico corporativo, fornecido como instrumento de trabalho, não goza da proteção conferida às correspondências pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Nesse sentido, a decisão do ministro João Oreste Dalazen, publicada em 10 de junho de 2005, que se tornou paradigmática no cenário nacional:

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado

---

atividades profissionais. Para as autoras há tão-somente uma anuência, temporária e específica do titular desse direito em vista do dever de obediência e do cumprimento de uma norma interna. DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à Intimidade do Empregado X Direito de Propriedade e Poder Diretivo do Empregador. Revista de Direito do Trabalho, a 28, n. 105, jan-mar de 2002, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 237.

<sup>294</sup> Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-1649/2001-001-03-00.7, Rel. Pedro Paulo Teixeira Manus, DEJT 05/12/2008. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em: 26.11.2009. Ainda nesse sentido: AIRR-1130/2004-047-02-40.9, Rel. Vieira de Mello Filho, DJ 30/11/2007; e AIRR-1542/2005-055-02-40, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 6/6/2008.

louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o “e-mail” corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de “e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à *internet* e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de “e-mail” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em “e-mail” corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e XVI, da Constituição Federal<sup>295</sup>.

---

<sup>295</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 613200001310007. Rel. João Oreste Dalazen, DJ 10/06/2005. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em: 26.11.2009. Ainda nesse sentido: Tribunal Superior do Trabalho. RR-9.961/2004-015-09-00.1. Rel. Ives Gandra Martins Filho, DJ 20/02/2009; e AIRR 1640200305101400, Rel. Vieira de Mello Filho, DJ 24/10/2008.

Em nosso sentir, se o uso do computador para fins pessoais se mostra excessivo, acaba por prejudicar o desempenho das atividades para as quais o empregado foi contratado, interferindo na organização da produção, o que interessa diretamente à toda a comunidade de trabalho. Portanto, a fiscalização do conteúdo do computador do empregado sob o qual recai suspeita de utilização abusiva está em consonância com a função do poder diretivo do empregador, de sorte que é autorizada. Igualmente, não se há de olvidar que não somente a intimidade do empregado deverá ser respeitada, como também a intimidade do empregador e de seus negócios. Isto é, assuntos particulares atinentes à atividade empresarial, tais como segredos de empresa, preços, *know how*, dentre outros, poderão ser expostos em caso de descuido do empregado com a utilização do computador. Além disso, o uso desautorizado da ferramenta posta à disposição do empregado pode permitir a entrada de vírus que vasculhem contas da empresa ou outros assuntos sigilosos que lhe digam respeito, o que também implicará prejuízos a todos os empregados que compõem aquela comunidade.

É evidente que o uso moderado deve ser admitido, tal como apregoado por Javier Thibault Aranda<sup>296</sup>. Seria o caso do uso do e-mail para avisar a família que chegará mais tarde em casa ou o uso da *internet* para pagar uma conta bancária. Também a leitura isolada de piadas ou o rápido repasse de correntes devem ser vistos como atividades corriqueiras e toleráveis, como bem observado por Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá<sup>297</sup>. O exercício da ponderação atentará nesse caso atentará, sobretudo, ao princípio da proporcionalidade.

---

<sup>296</sup> ARANDA, Javier Thibault, *op. cit.*, p. 65-67.

<sup>297</sup> DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina, *op. cit.*, p. 238.

## 6. CONCLUSÃO

No contexto do Estado Democrático de Direito, em um cenário onde os direitos fundamentais restam amplamente consagrados, surgem questões de difícil solução: qual seria o limite tolerável para o exercício do poder diretivo do empregador diante do direito fundamental à intimidade do empregado? Como equacionar o conflito entre o direito à intimidade e outros direitos fundamentais no ambiente de trabalho?

Vimos que o poder diretivo tem natureza jurídica de direito-função, isto é, ao dirigir a prestação de serviços, o empregador deve ter em conta não apenas seus interesses singulares, mas também aqueles dos empregados. Esse poder não decorre do fato do empregador ser o proprietário dos meios de produção, mas sim de um contrato de trabalho, tácito ou expresso, em que o empregado se compromete com a prestação de serviços como contraprestação pela remuneração, submetendo-se ao comando do empregador. Trata-se da teoria contratualista, segundo a qual o fundamento do poder diretivo é encontrado na própria autonomia de vontade das partes. Dessa forma, ao regular das condições de trabalho, fiscalizar as tarefas e aplicar sanções aos empregados, o empregador deve sempre ter em conta o dever de agir no interesse de todos que pertencem àquela comunidade de trabalho. Somente a teoria do direito-função está em consonância com a função social do contrato.

O poder diretivo do empregador se submete a, pelo menos, três limites: legislação (incluindo as fontes autônomas e heterônomas), contrato de trabalho e direitos da personalidade do empregado. A legislação limitará o poder diretivo quando as ordens forem ilícitas ou de execução extraordinariamente difícil. O contrato de trabalho determinará que o empregador exija serviços nos limites contratados (seja expressa ou tacitamente). E os direitos da personalidade afastarão o poder diretivo, autorizando o *jus restituentiae* quando a ordem colocar o empregado em risco ou diminuí-lo moralmente. O direito à intimidade do empregado surge dentro do terceiro limite, isto é, os direitos da personalidade do empregado.

Os direitos da personalidade são aqueles que abrangem o conjunto de caracteres que compõem a personalidade do indivíduo, compreendida em suas projeções física, intelectual e moral. São direitos absolutos, gerais, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários, inexpropriáveis, vitalícios

e, para a corrente jusnaturalista, ilimitados. A irrenunciabilidade indica apenas que o sujeito não pode abdicar de tais direitos, mas não significa que esses direitos não estejam sujeitos a qualquer restrição, já que inexistente direito imune a limitação.

Dentre os direitos da personalidade, insere-se o direito à intimidade, que deve ser visto como sinônimo do direito à privacidade (ou vida privada), já que nossa legislação não prevê consequências jurídicas diversas para a violação de ambos, tal como ocorre no ordenamento francês. O direito à intimidade limita a inserção de terceiros na esfera privada da pessoa, tais como dados pessoais, diários, vida familiar ou conjugal, dentre outros. A doutrina propõe limitações ao direito à intimidade quando em confronto com outros direitos fundamentais. As delimitações à esfera privada deverão ser toleradas quando o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público ou quando conflita com as esferas pessoais de outros indivíduos. O titular também pode autorizar a invasão da privacidade, visando contraprestação patrimonial, desde que isso não implique agressão à dignidade humana.

A inviolabilidade da intimidade está regulada, quanto aos aspectos que nos interessam, pelo artigo 5º, X, CF, artigo 21, CC e artigo 373-A, VI, CLT. Embora o diploma trabalhista se limite a vedar a revista íntima às empregadas, tanto a Constituição, norma superior do ordenamento, quanto o artigo 21 do Código Civil, fonte subsidiária do direito do trabalho (artigo 8º, parágrafo único, CLT), são aplicáveis à esfera trabalhista, ampliando a tutela da intimidade nas relações de trabalho.

Os direitos da personalidade não se confundem com os direitos fundamentais. Embora a doutrina não seja pacífica sobre o tema, entendemos que os direitos da personalidade constituem o núcleo dos direitos fundamentais, pois abrangem o conjunto de caracteres que compõem a personalidade do indivíduo, sem os quais a própria pessoa não existiria como tal (direitos essenciais). Portanto, os direitos da personalidade merecem toda a proteção conferida aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são divididos em quatro dimensões. A primeira dimensão se refere aos direitos de resistência em face do Estado, traduzindo o valor de liberdade. Os direitos de segunda dimensão são aqueles que asseguram uma posição ativa do Estado, no sentido de proporcionar meios necessários ao bem-estar social. São direitos que resguardam o valor de igualdade. Os direitos fundamentais de terceira dimensão,

metaindividuais ou difusos, são chamados direitos de fraternidade ou solidariedade. E os direitos de quarta dimensão são aqueles decorrentes dos progressos da engenharia genética, da biotecnologia e dos avanços decorrentes da *internet*. O direito à intimidade se insere dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão.

Os direitos fundamentais são assegurados aos indivíduos tanto em face do Estado como perante outros concidadãos, visto que as normas constitucionais, que estão no ápice do ordenamento, também devem ser observadas nas relações privadas. Prevalece, entre nós, a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado. Ainda acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em uma relação em que haja desigualdade material entre os particulares envolvidos, deve-se conferir maior proteção ao direito fundamental em confronto com a autonomia privada. Isso se dá porque a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia de vontade do hipossuficiente e o papel dos direitos fundamentais é justamente a proteção da pessoa humana em uma relação de poder.

Contudo, problema de difícil solução surge quando um direito fundamental entra em colisão com outro direito fundamental. Para solucionar esses conflitos, é necessária a adoção de uma metódica, a fim de evitar o casuísmo. Para tanto, valemo-nos das propostas teóricas de José Joaquim Gomes Canotilho e de Virgílio Afonso da Silva.

Canotilho se vale do princípio da unidade da constituição para apregoar que todas as normas contidas na constituição tem a mesma igualdade hierárquica. Esse reconhecimento exclui relações de preferência *prima facie* entre bens constitucionais, devendo a ponderação ser feita *ad hoc* como solução justa de conflitos. Portanto, quando direitos fundamentais entram em confronto, um deles deverá ser restringido naquele caso concreto. Segundo o autor, a metódica de restrição de direitos fundamentais requer, primeiramente, a delimitação do âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos. Uma vez delimitado o âmbito de proteção, deve-se apurar tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva. As espécies de restrição são classificadas pelo autor em: restrições constitucionais diretas (admitidas pela própria constituição), restrições legais (autorizadas pela constituição) e limites constitucionais não escritos (imanescentes). O autor esclarece que a ideia de limites imanescentes só pode ser admitida se tiver em conta que um direito fundamental é *prima facie* ilimitado e que, somente *a posteriori*, através da ponderação no caso concreto, será afastada uma dimensão que *prima facie* cabia no âmbito do direito fundamental.

Em linha bastante similar, Virgílio Afonso da Silva sustenta que os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*, com suporte fático o mais amplo possível. Em vista da colisão com outras normas, requer-se uma restrição à realização de um dos princípios em confronto, donde decorre a distinção entre o que é garantido *prima facie* e o que restará garantido em definitivo. Esse conflito poderá ser solucionado por uma regra prévia que restrinja algum dos direitos fundamentais em confronto. Nesse caso, a regra reflete uma opção anterior pela restrição, feita pelo legislador ordinário. De outro lado, se faltar a regra que solucione o conflito entre direitos fundamentais, o juiz deverá realizar esse sopesamento, valendo-se da regra da proporcionalidade a fim de estabelecer, especificamente para aquele caso concreto, o direito a ser restringido, observando sempre o seu conteúdo essencial.

Aplicando-se as ideias dos mencionados constitucionalistas aos conflitos envolvendo o direito à intimidade do empregado no ambiente de trabalho pareceria, à primeira vista, que a condução das atividades laborais pelo empregador não autorizaria a violação da intimidade do empregado. Todavia, em muitas situações se constata que o exercício do direito à intimidade do empregado é abusivo, o que acaba por lesionar não somente os interesses do empregador, como de outros empregados. Nesses casos, o poder diretivo, tido como direito-função, impõe ao empregador o ingresso na esfera íntima do trabalhador para preservar o funcionamento adequado da empresa, tendo em conta os interesses de toda a comunidade de trabalho. Isso ocorrerá sempre que outros direitos fundamentais se revelem superiores quando em conflito com o direito à intimidade. Seria a hipótese do confronto entre o direito à intimidade de um empregado, de um lado, e o direito à vida, saúde ou segurança dos demais membros daquela comunidade de trabalho, de outro. O exercício da ponderação, preconizado pelos constitucionalistas aqui estudados, conduz a esse raciocínio, restringindo o âmbito de proteção *prima facie* do direito à intimidade.

Todavia, esse exercício de ponderação não deve traduzir o mero comodismo do empregador ainda que os empregados autorizem a invasão de sua esfera íntima, visto que a desigualdade material entre os envolvidos prejudica a vontade dos empregados por sua hipossuficiência. Ademais, o papel dos direitos fundamentais é exatamente proteger a pessoa humana em uma relação de poder. Em vista dessas considerações, procuramos apontar algumas soluções para conflitos frequentemente observados no cotidiano laboral.

Com relação ao controle das informações pessoais dos empregados e exames médicos, concluímos que, em princípio, o exercício do poder diretivo não autorizaria a solicitação de informações ou a realização de exames que pudessem representar qualquer constrangimento à esfera íntima do candidato ou do empregado. Não obstante, quando as informações pessoais do candidato ao emprego ou do empregado colocarem em risco direitos fundamentais de outros empregados ou do próprio empregador, há que se proceder ao sopesamento entre os direitos fundamentais em confronto. A proibição de realização de exame de gravidez deverá ceder diante de atividade que possa implicar risco à vida ou à saúde do feto. A obtenção de informações acerca de ser o trabalhador portador de vírus HIV não se justifica pois, mesmo havendo risco de contaminação em virtude do trabalho desempenhado, atualmente são fáceis as providências necessárias para se evitar o contágio. Com relação à indagação acerca dos antecedentes criminais ou creditícios há que se garantir o “direito ao esquecimento”, sob pena do trabalhador ser banido do mercado de trabalho. Já a indagação acerca de sanções disciplinares impostas ao empregado é vedada pelo artigo 29 CLT, resultado de sopesamento já realizado pelo legislador. Também entendemos que o polígrafo é instrumento inidôneo para justificar a restrição ao direito à intimidade do empregado.

Quanto à revista, tanto no corpo do empregado, como em seus pertences, somente poderão ser realizadas quando estiver em risco a vida, a segurança ou outros direitos fundamentais dos demais empregados dos demais trabalhadores, conforme ponderação realizada no caso concreto e, ainda, desde que a inspeção não seja vexatória.

Com respeito ao emprego de câmeras de vigilância, entendemos que a restrição imposta ao direito à intimidade é muito menor do que aquela imposta pelas revistas. Seu emprego pode contribuir para a segurança de toda a comunidade de trabalho e para o controle do processo produtivo, o que também interessa à comunidade de trabalho. Nessas hipóteses, o sopesamento entre direitos fundamentais, autorizaria o uso do aparato, desde que não empregado em locais de descanso ou intimidade do trabalhador, e contanto que o empregado seja informando previamente acerca do controle.

Por último, quando o uso do computador para fins pessoais se mostra abusivo, pode prejudicar o desempenho das atividades para as quais o empregado foi contratado, o que também prejudica o conjunto dos demais trabalhadores, visto que poderá resultar em



prejuízos para a atividade empresarial. Mas seu uso moderado deve ser admitido. O exercício da ponderação, nesse caso, deve ter em conta, sobretudo, o princípio da proporcionalidade.

Em suma, o que propusemos no presente trabalho, através de alguns exemplos extraídos do cotidiano trabalhista, é que o exercício do direito à intimidade pelo empregado deve ser sopesado com outros direitos fundamentais reconhecidos aos demais membros da comunidade de trabalho. Em nossa análise, a ponderação foi efetuada com base nas propostas dos dois constitucionalistas mencionados. Contudo, não se pode olvidar que os elementos do caso concreto serão decisivos para se chegar à solução adequada do conflito o que, todavia, não afasta algumas conclusões antecipadas que se baseiam na repetição dos casos concretos.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O Princípio da Publicidade no Processo Frente à EC 45/2004 e o Processo Eletrônico. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 142, p. 89-105, dez. 2006.

ALONSO, Félix Ruiz. *Pessoa. Intimidade e o Direito à Privacidade*. In: *Direito à Privacidade*. MARTINS FILHO, Ives Gandra e MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coord.). São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

ALPA, Guido; RESTA, Giorgio. *Le Persone e La Famiglia 1. Le persone fisiche e i Diritti della personatà*. Torino: UTET, 2006, p. 97.

ARANDA, Javier Thibault. *Control Multimedia de La Actividad Laboral*. Valencia: Tirant to blanch, 2006.

ARAÚJO, Nádia. Princípio da Dignidade Humana e Direito à Imagem. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 267-278, mar. 2006.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

\_\_\_\_\_. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELTRAN, Ari Possidonio. Direito do Trabalho: Limites do Poder Diretivo e Outras Questões da Atualidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 82, p. 10-20, jun. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRANCO, Ana Paula Taucedá. *A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e Vida Privada no Código Civil Brasileiro: Uma Leitura Orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *“Reality Shows” e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARNAVAN, Fernando Leone. *Tutela dos Direitos da Personalidade no Direito do Trabalho*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1970.

CESÁRIO, João Humberto. *Justiça do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: LTr, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Agressões à intimidade. O Episódio Lady Di*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Procedimento de Revista Íntima. Possibilidade e Restrições. In: *Trabalho da Mulher*. Homenagem a Alice Monteiro de Barro. FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. (coord.). São Paulo: LTr, 2009, pp. 202-216.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. JARDIM, Adriano Vera e CAEIRO, Antonio Miguel (trad.). Lisboa: Lisboa Moraes Editora, 1961.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.1. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. Possibilidades e Limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à Intimidade do Empregado X Direito de Propriedade e Poder Diretivo do Empregador. *Revista de Direito do Trabalho RT*, São Paulo, n. 105, p. 231-243, mar. 2002.

FAVA, Marcos Neves e PEDROSO, Eliane Aparecida da Silva. *Direitos da personalidade. Novo Código Civil e repercussões no Direito do Trabalho*. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/trabalho.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2007.

FERRARI, Irany. Fundamentos e Exercício do Poder Disciplinar do Empregador. In: PINTO, José Augusto Rodrigues (org.). *Noções Atuais de Direito do Trabalho - Estudos em homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade – Coordenadas Fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Letras*. Rio de Janeiro, a. VII, n. 4, p. 37-50, 1993.

GAGLIANO. Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 11. ed. v. I. São Paulo, Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. v. II. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_ et al. *Curso de Direito do Trabalho*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GONÇALVES, Emílio, *O Poder Regulamentar do Empregador*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1997.

GUERRA, Amadeu. *A Privacidade no Local de Trabalho. As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores através de Sistemas Automatizados. As Alterações do Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.

HUBERMAN, Leo. *A História da Riqueza do Homem*. DUTRA, Waltensir (trad.). 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. Conflitos entre Direitos da Personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KRAUSPENHAR, Rogério. *Os Limites do Poder Disciplinar do Empregador*. São Paulo: LTr, 2001.

LEVI, Alberto. “Il Potere di Controllo dell’imprenditore sull’uso degli Strumenti di Lavoro e le Tecnologie Informatiche.” In: *Studi in onore di Yasuo Suwa*. Giuffré Editore, Milano, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. 3 ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da Inserção dos Direitos de Personalidade no Ordenamento Privado Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 27, p. 201-222, set. 2006.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado. Parte Geral*. v. I. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo da Empresa*. Tese. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

\_\_\_\_\_. Dos Direitos da Personalidade e o Direito do Trabalho. *Revista do Advogado*, n. 70, p. 78-83, 2003.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre o Direito à Intimidade no Âmbito do Contrato de Trabalho. In: *O Direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea*. PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (coord.). São Paulo: LTr, 2005, pp. 67-68.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre o Direito à Intimidade no Âmbito do Contrato de Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 19, n. 36, p. 35-64, 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos da Personalidade e Direito do Trabalho. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Porto Alegre, a.I, v. I, pp. 12-27, ago. 2004.

\_\_\_\_\_. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. Disponível em <[http://www.trt15.gov.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev22Art3.pdf](http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev22Art3.pdf)> Acesso em: 9 nov. 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_ et al. *Código do Trabalho Anotado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho Del Trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo VII, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de. *O Espírito das Leis*. Disponível em <<http://www.gentteficaz.com.br/1ebooks.asp>> Acesso em 29.12.2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.1, p. 237-251, 2000.

OLEA, Manuel Alonso. *Derecho Del Trabajo*. 3. ed. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Seccion de Publicaciones, 1974.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O Dano Pessoal no Direito do Trabalho*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito do Trabalho*. Parte II. Situações Laborais Individuais. Coimbra: Almedina, 2008.

REDINHA, Maria Regina. *Direitos de Personalidade*. Disponível em <[www.direito.up.pt/cije\\_web/backoffice/uploads/publicacoes/direitos\\_personalidade\\_annot.pdf](http://www.direito.up.pt/cije_web/backoffice/uploads/publicacoes/direitos_personalidade_annot.pdf)> Acesso em 6.3.09.

REZENDE, Rogério de Vieira de Almeida. *Delineamento Constitucional do Poder Diretivo*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1978.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada. Uma Visão Jurídica da Sexualidade, da Família, da Comunicação e Informações Pessoais, da Vida e da Morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. Elson Gottschalk (trad.). São Paulo: LTr, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SASSANO, Francesca. *La Tutela dei Diritti della Personalità*. Rep. San Marino: Maggioli Editore, 2005.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Parte Geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Segurança e Medicina do Trabalho. Trabalho da Mulher e do Menor*. v. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Leda Maria Messias da. Poder Diretivo do Empregador, Emprego Decente e Direitos da Personalidade. *Revista LTr*, São Paulo, n. 8, p. 972-977, ago. 2007.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÓN, Sandra Lia. *A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado*. São Paulo: LTr, 2000.



SOUTO MAIOR, Jorge Luis. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. v. 1. São Paulo: LTr, 2005.

TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de La Personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1952.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os Direitos da Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro. In: ALVIM, Arruda (org.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil, Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA, José Ribas et al. *Direitos à Intimidade e à Vida Privada. Laboratório de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.