

PRISCILA KÜHL ZOGHBI

**PODER DE CONTROLE E DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR NAS
REDES SOCIAIS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Otavio Pinto e Silva

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

PRISCILA KÜHL ZOGHBI

**PODER DE CONTROLE E DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR NAS
REDES SOCIAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob a orientação do Professor Associado Dr. Otavio Pinto e Silva

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Zoghbi, Priscila Kuhl

PODER DE CONTROLE E DIREITO À PRIVACIDADE DO
TRABALHADOR NAS REDES SOCIAIS ; Priscila Kuhl Zoghbi
; orientador Otavio Pinto e Silva -- São Paulo, 2020.
140

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade
de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito. 2. Direito do Trabalho. I. Silva,
Otavio Pinto e, orient. II. Título.

PRISCILA KÜHL ZOGHBI

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob orientação do Professor Associado Otavio Pinto e Silva

São Paulo, ____ de _____ 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

À minha primeira professora, Olympia Kuhl
(*In memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Acredito ser essa, apesar de singela, uma das partes fundamentais da dissertação, pois, se ela se conclui, é somente pelo apoio que recebi ao longo de todo seu desenvolvimento.

À **Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, que me acolheu há mais de 10 anos como aluna e me formou como acadêmica, cidadã, mulher e feminista. Lugar que carinhosamente também chamo de casa.

Ao meu orientador, **professor associado doutor Otavio Pinto e Silva**, pelos ensinamentos, orientações e principalmente pela inquestionável paciência ao longo dos anos. Obrigada pelo voto de confiança em aceitar me orientar.

A minha mãe, **Keila Oliveira Zoghbi**, que tornou tudo possível com o simples ato de acreditar, costurando suas asas em mim. Certamente minha gratidão não cabe em palavras. Obrigada pelo carinho e incentivo incondicionais. Você é minha árvore generosa.

Ao meu pai, **Salomão Zoghbi Neto**, por quem minha imensa admiração sempre serviu de estímulo.

Ao meu companheiro, **Vinicius Costa Meneses Nunes**, por não ter largado minha mão mesmo em momentos difíceis.

A todos os meus amigos e familiares que, cada um à sua forma, me auxiliaram nessa trajetória.

“A privacidade, disse, era uma coisa muito valiosa. Todo mundo queria ter um lugar em que pudesse estar a sós de vez em quando. E quando alguém encontrava um lugar assim, não era senão um gesto da mais trivial cordialidade que aqueles que soubessem do fato guardassem a informação para si mesmos.”

George Orwell – 1984.

RESUMO

A pesquisa tem como escopo abordar, dentro do Direito do Trabalho, as consequências de um inquestionável fenômeno da atualidade: o surgimento e a massificação de novas tecnologias, permitindo, cada vez mais, um intenso fluxo de informações jamais vivenciado nessa escala pela humanidade. Conscientes do novo cenário em que estamos vivendo, a pesquisa analisou um antigo dilema do Direito do Trabalho: o poder diretivo do empregador *versus* direitos da personalidade, em especial o direito à privacidade do empregado no contrato laboral, porém sob um novo enfoque: as redes sociais virtuais. Para tanto, o estudo do conceito, terminologia, natureza jurídica, dimensões, limitações, sem esquecer as trajetórias históricas do instituto do poder diretivo - com foco no poder de controle - e dos direitos da personalidade e, em específico, do direito à privacidade, apresenta-se fundamental para a construção de uma base teórica que permita reflexões e possíveis soluções sobre o tema. Trata-se, sem dúvida, de um assunto extremamente delicado, pois não apenas envolve a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e seus reflexos em garantias sociais já consagradas, como também resvala no valor maior em que se baseia o próprio estado democrático brasileiro: a dignidade da pessoa humana. A busca pela harmonização entre os referidos direitos revela-se, portanto, urgente e essencial nesse momento da modernidade. Para tanto, não só se utilizaram textos doutrinários, como também se analisaram as respostas dadas pelos tribunais, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

Palavras-chave: Poder diretivo; Poder de controle; Direitos da personalidade; Privacidade; Redes sociais.

ABSTRACT

This research aims to approach, inside the Labor Law system, the consequences of a nowadays unquestionable phenomenon: new technologies emerging and its popularization, allowing a massive information flow never seen before in such scale by humankind. Conscious of the new scenario we're living in, the research analyzed an old labor law dilemma: the employer directive power *versus* personality rights, specially what concerns the employee rights to privacy in a labor contract however through a new angle: the virtual social networks. Thereby, the concept, terminology, juridical nature, dimensions, limitations, not to mention historical trail, of directive power institutes study – targeting the control power – of personality rights and, notably, of the rights to privacy, present themselves fundamental to a solid theoretical basis building that allows us to reflect about possible solutions to the proposed argument. The subject is, undoubtedly, extremely sensitive, once it commits not only the possibility of collision of fundamental rights and their reverberations in consecrated social guaranties, as well as it brushes with a greater value in which Brazilian democratic state itself is amalgamated upon: the human being dignity. The harmonization quest between the rights above reveals itself, thus, urgent and essential at this modern times. For this purpose, not only doctrinaire texts were utilized and analyzed but also Courts decisions, including national and international ones.

Keywords: Directive Power; Control Power; Personality Rights; Privacy; Social Networks.

RIASSUNTO

Lo scopo della ricerca è quello di affrontare, all'interno del Diritto del Lavoro, le conseguenze di un indiscutibile fenomeno attuale: l'emergere e la massificazione di nuove tecnologie, consentendo sempre più un intenso flusso di informazioni mai sperimentato dall'umanità su questa scala. Consapevoli del nuovo scenario in cui viviamo, la ricerca ha analizzato un vecchio dilemma del diritto del lavoro: il potere di direttiva del datore di lavoro *versus* i diritti della personalità in particolare il diritto alla privacy del dipendente nel contratto di lavoro, ma sotto una nuova prospettiva: le social network virtuali. A tal fine, lo studio del concetto, la terminologia, la natura giuridica, le dimensioni, i limiti, senza dimenticare le traiettorie storiche, gli istituti del potere direttivo - concentrandosi sul potere di controllo - i diritti della personalità e, in particolare, il diritto alla privacy, si presentano fondamentali per la costruzione di una base teorica che ci permetta riflessioni e possibili soluzioni sul tema. Si tratta senza dubbio di una questione estremamente delicata, poiché coinvolge non solo la possibilità di uno scontro tra i diritti fondamentali e i loro riflessi sulle garanzie sociali già stabilite, ma anche scivola nel maggior valore su cui si basa lo stesso Stato democratico brasiliano: la dignità della persona umana. La ricerca dell'armonizzazione tra questi diritti è, quindi, urgente ed essenziale in questo momento di modernità. A tal fine sono stati utilizzati non solo testi dottrinali, ma sono state anche analizzate le risposte date dalle Corti, sia a livello nazionale che internazionale.

Parole Chiavi: Potere Direttivo; Potere di Controllo; Diritti della Personalità; Privacy; Social Media.

RESUME

Le but de la recherche est d'aborder, au sein du droit du travail, les conséquences d'un phénomène incontestable d'aujourd'hui : l'émergence et la massification de nouvelles technologies, permettant de plus en plus un flux intense d'informations jamais connu à cette échelle par l'humanité. Prenant en compte le nouveau scénario dans lequel nous vivons, la recherche a analysé un vieux dilemme du Droit du Travail: le pouvoir directif de l'employeur versus les droits de la personnalité, en particulier le droit à la vie privée du salarié dans le contrat de travail, mais sous un nouvel axe : les réseaux sociaux virtuels. Ainsi, l'étude du concept, de la terminologie, de la nature juridique, des dimensions, des limites, sans oublier les trajectoires historiques, les instituts du pouvoir directif - focalisés sur le pouvoir de contrôle - des droits de la personnalité et, plus précisément, du droit à la vie privée sont fondamentale pour la construction d'une base théorique qui nous permet de réfléchir pour trouver des solutions possibles sur le thème. Il s'agit sans aucun doute d'une question extrêmement délicate, car elle implique non seulement la possibilité d'une collision entre les droits fondamentaux et leurs réflexes dans des garanties sociales déjà établies, mais aussi la plus grande valeur sur laquelle l'État démocratique brésilien lui-même est fondé : la dignité de la personne humaine. La recherche d'une harmonisation entre ces droits est donc urgente et essentielle en ce moment de l'actualité. À cette fin, non seulement des textes doctrinaux ont été utilisés, mais les réponses données par les tribunaux ont également été analysées, tant au niveau national qu'international.

Mots-clés : Pouvoir de Direction ; Pouvoir de contrôle ; Droits de la personnalité ; Privacité ; Réseaux sociaux.

SUMÁRIO

<i>Agradecimentos</i>	6
<i>resumo</i>	8
ABSTRACT	9
<i>Riassunto</i>	10
<i>Resume</i>	11
LISTA DE ABREVIATURAS	14
INTRODUÇÃO	15
BREVES CONSIDERAÇÕES	17
1. O Poder diretivo	19
1.1. Fenômeno do poder	19
1.2. O poder diretivo	23
1.3. Elementos do Contrato de Trabalho.....	27
1.4. Terminologia, Conceito, Natureza Jurídica.....	32
1.4.1. Terminologia	32
1.4.2. Conceito	34
1.4.3. Natureza jurídica.....	35
1.5. Fundamentos Doutrinários e Legais	41
1.5.1. Fundamentos legais	41
1.5.2. Fundamentos doutrinários.....	42
1.6. Dimensões do Poder Diretivo e Limitações ao Poder de Controle	51
1.6.1. Dimensões do poder diretivo.....	51
1.6.2. Limitação ao poder de controle	53
2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	57
2.1. Aspectos Preliminares	57
2.2. Conceito e Objeto dos Direitos da Personalidade.....	61
2.3. Caracteres dos Direitos da Personalidade.....	67
2.4. Classificações dos Direitos de Personalidade	77
2.5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	82
3. DIREITO À PRIVACIDADE	91
3.1. Privacidade: terminologia e desenvolvimento do conceito.....	91
3.2. Direito à Privacidade e Direito à Intimidade.....	98
3.3. Colisão de Direitos	101

4. Privacidade nas redes sociais.....	104
4.1. Breves Considerações	104
4.2. Novas Tecnologias e o Direito do Trabalho.....	107
4.3. Análise de Redes Sociais.....	111
4.4. Redes sociais.....	114
CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS	127
Legislação.....	127
Bibliografia	133

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'homme [=Corte Europeia de Direitos do Homem]
CC	Código Civil
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CP	Código Penal
CT	Código do Trabalho português
EUA	Estados Unidos da América
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
DL	Decreto- Lei
OIT	<i>Organization Internationale du Travail</i> [=Organização Internacional do Trabalho]
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
UE	União Europeia

INTRODUÇÃO

Ao falar em avanço tecnológico e privacidade, não é incomum a menção a 1984, livro escrito por George Orwell. No romance, o mundo fragmenta-se em três grandes blocos (Oceânia, Eurásia e Lestásia), todos comandados por um regime totalitário, com diferenças pouco notórias se comparados ao que apresentam em comum. Na Oceânia, o “Partido”, assim denominado o grupo dominante, é liderado pelo “Grande Irmão” (*Big Brother*), o qual controla, de várias formas, a vida dos “companheiros”. Um dos exemplos mais famosos desse controle consiste na teletela a ser uma tela ligada de forma contínua, que não apenas serve como instrumento de divulgação de notícias, mas também possui como principal função a percepção e absorção de conversas, barulhos e todos os atos em frente à dela praticados. Não seria fortuito que as teletelas fossem instaladas em diversos lugares estrategicamente pensados, inclusive dentro das casas. O ponto focal do romance consiste na sensação – e realidade – de vigilância ininterrupta.¹

Apesar de escrito no século passado, é possível deduzir que, em alguns aspectos, o romance utópico possui pontos de similitude com o que ocorre nos dias de hoje. Um deles é, sem dúvida, a corrosão da privacidade. No entanto, a realidade difere do livro, ao constatar que o aviltamento da privacidade é muitas vezes realizado – às vezes desejado – pelos próprios indivíduos. Ademais, ante uma nova forma de governo, democrático e fomentador, ao invés de autoritário, os principais perigos à privacidade resultam de relações privadas, entre as quais encontra relevo a relação de emprego.

A priori, a vigilância, assim entendida como uma das expressões do poder, é realizada dentro do seio do direito privado. Nesse sentido, há cenários em que o “Grande Irmão” atual pode traduzir-se nas empresas privadas. Faz-se indispensável a determinação de restrições a esse poder – de fiscalização com o intuito de resguardar a privacidade das partes componentes da relação empregatícia, em especial, o empregado. Isso porque a divisão de poder dentro dessa forma de relação jurídica está longe de ocorrer de forma equânime.

¹ ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Utilizando-se da máxima de Montesquieu, o detentor do poder tende a dele abusar.² Sendo o empregado o elo mais fraco, não só é possível como provável que seus direitos sejam lesionados. Em vista disso, esta pesquisa pretende analisar a questão do controle fiscalizatório do empregador, incluindo seus limites, a fim de que esse não sirva de instrumento que permita lesionar direitos fundamentais do empregado. Tendo em vista a complexidade do tema proposto, buscamos analisar a *vexata quaestio* no âmbito das redes sociais virtuais.

Por isso, o primeiro capítulo é destinado ao estudo do fenômeno do poder, principalmente com base na análise do poder diretivo, incluindo os principais conceitos propostos pela doutrina, a natureza jurídica do instituto, suas dimensões e limites. Dentro do poder diretivo, damos maior relevo ao poder de controle, pois é em seu âmbito que a fiscalização ocorre.

O direito à privacidade não se encontra sozinho no que diz respeito aos direitos indispensáveis ao homem: situa-se na esfera dos direitos da personalidade. Isso posto, é necessário para o entendimento do direito à privacidade como categoria o exame de seu gênero. Para tanto, no segundo capítulo, tratamos dos direitos da personalidade abrangendo sua perspectiva histórica, definição, natureza jurídica e tipologia, no qual abordamos o princípio norteador – e limitador – de qualquer direito dentro do ordenamento jurídico: o princípio da dignidade humana e seus desdobramentos em direitos humanos, fundamentais e de personalidade.

Seria esperado que, em um cenário de ofensa à determinado direito por seus detentores, fosse mais ferrenhamente defendido. Mas, no que concerne ao direito à privacidade, ocorre justamente o contrário. Ante o surgimento de novas e mais eficientes ferramentas fiscalizatórias, por isso ameaçadoras à privacidade, grande parte dos indivíduos opta por dilapidá-lo de forma voluntária. Com uma breve análise da privacidade ao longo dos últimos dois séculos, percebe-se uma verdadeira inversão ao que remete à defesa do instituto.

O terceiro capítulo, portanto, é dedicado ao estudo desse direito da personalidade específico, o direito à privacidade, além de seu histórico, alteração do seu valor dentro da sociedade e a diferenciação entre ele e o direito à intimidade.

² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

Fornecido o aparato teórico-conceitual necessário, partimos então para o último capítulo, no qual é feita a análise da relação entre privacidade e uma das inovações tecnológicas de mais forte impacto na sociedade: as redes sociais virtuais propiciadas pela massificação da Internet e sua interferência nas relações de emprego. Iniciamos examinando o próprio conceito de redes e sua aplicação no âmbito sociovirtual.

Nesse capítulo estudamos também como os tribunais, no âmbito tanto nacional quanto internacional, estão interpretando e elaborando soluções para os casos relacionados às demandas decorrentes de novas tecnologias. Iniciamos com o exame de instrumentos tecnológicos que possuem maior consolidação na Jurisprudência trabalhista como fiscalização por meio de videocâmeras de segurança e correio eletrônico. Em sequência, debruçamo-nos aos julgados referentes às redes sociais virtuais incluindo-se aqui as diversas formas de expressão, tais como “likes”, “curtidas”, entre outras.

Por fim, apresentamos as conclusões.

BREVES CONSIDERAÇÕES

Levando-se em conta que as implicações do poder dentro da sociedade e, portanto, do direito do trabalho são amplas e complexas, nesta pesquisa o fenômeno do poder foi analisado no âmbito da relação de emprego, assim entendida como espécie do gênero relação de trabalho, caracterizada pelo elemento da subordinação.³

Ademais, esta pesquisa não tratou dos casos especiais, tais como: o empregado doméstico, regulado pela Lei nº 5.859/72,⁴ estagiário, trabalhador eventual, trabalhador avulso, trabalhador rural, regulamentado pela Lei nº 5.889/73⁵ e pelo Decreto nº 73.626/74⁶ entre outros.

³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 69.

⁴ Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5859-11-dezembro-1972-358025-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵ Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15889.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

⁶ Decreto nº 73.626, de 12 de fevereiro de 1974. Aprova Regulamento da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D73626.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

Outro ponto fundamental é que este estudo tem por foco as redes sociais virtuais, que por nós serão chamadas apenas de “redes sociais”.

1. O PODER DIRETIVO

1.1. FENÔMENO DO PODER

Por não serem poucos os doutrinadores a reconhecer a existência de uma íntima relação entre o poder, o contexto político da sociedade (democrático ou autoritário, por exemplo) e a forma de organização do mercado laboral,⁷ acreditamos ser necessário para os fins propostos neste estudo uma breve análise do poder político como requisito para a efetiva compreensão de sua influência no âmbito interno da empresa.⁸

O fenômeno do poder é um antigo objeto de estudo que remonta sua gênese à da própria filosofia política. Desde os tempos aristotélicos até os dias hodiernos, vários estudiosos debruçaram-se sobre o tema.⁹

Nas palavras de N. BOBBIO: “O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele”.¹⁰

Para G. CORNU, “poder” pode ser entendido como domínio dos fatos, da força e como prerrogativa jurídica. Mais especificamente, no âmbito do direito privado, o autor apresenta cinco definições para o epíteto: (1) poder dos fatos ou controle efetivo em relação a uma coisa inanimada; (2) aptidão de origem legal, judicial ou convencional de exercer os direitos de outrem ou de agir à conta desse, dentro de limites de investidura; (3) escrito pelo qual uma pessoa confere a outra sua representação; (4) aptidão a exercer os próprios direitos no caso em que o titular dos direitos é membro de uma sociedade cujas regras de funcionamento lhe atribuem certas prerrogativas.

Ao objeto deste estudo convém a quinta concepção (próxima à segunda definição apresentada), que consiste em (5) uma prerrogativa finalista designada ao exercício de seu titular em interesse parcialmente distinto do seu. Esse

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. p. 71.

⁸ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 132.

⁹ Para Aristóteles existiriam três poderes distintos, diferenciados ante o interesse daquele em favor de quem o poder era exercido: poder paterno dos pais sobre os filhos, realizado em interesse dos últimos; poder despótico, no interesse do senhor; e o poder político, no interesse de quem governa e de quem é governado.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: LTC, 2020. p. 131.

exercício, quando desviado de seu fim, acaba por submeter-se ao controle jurisdicional.¹¹

Outra importante definição foi proposta por MAX WEBER: segundo o autor, poder consiste na “possibilidade de que um homem, ou um conjunto de homens, realize sua vontade própria em uma ação comunitária, até mesmo contra resistência de outros que participam da ação”.¹²

O poder possui caráter multidimensional, podendo ainda vir a ser objeto de exame sob diversas perspectivas, desde uma ótica estritamente interindividual como quanto um fenômeno compreensível dentro de um conjunto societário.¹³

Inicialmente vale dizer que uma tentativa de análise do poder deve ter como pressuposto o reconhecimento da mutabilidade da ordem social, ou seja, esta deve ser vista não como um sistema imóvel, mas como uma experiência histórica que consente e está sujeita a revisões e transformações. A partir disso, adotamos a posição de não pensar o poder como valor absoluto, o qual deve justificar-se no contexto de uma dialética de princípios e atividades cuja lógica constitutiva pode vir a contrastar com a própria lógica do poder.¹⁴

Nesse sentido, é fundamental o reconhecimento de que o poder não é algo estável e apropriável de forma perpetua. De acordo com M. FOUCAULT: “O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. (...) nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede”.¹⁵

Para M. G. DELGADO, o fenômeno do poder político desdobra-se de duas formas inseparáveis: a primeira, negativa, engloba os aspectos coercitivos; e a segunda, positiva-constructiva, dá enfoque aos aspectos persuasivos. Diante disso, o autor traça uma linha com relevo em três principais momentos: inicialmente, na história evolutiva do fenômeno a dimensão coercitiva do poder foi ressaltada

¹¹ CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2018. p.784-785.

¹² WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 211.

¹³ DELGADO, O Poder... op. cit., p. 25.

¹⁴ ZANFARINO, Antonio. a) Filosofia del Diritto, I Potere (in generale). In: CALASSO, Francesco. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore. vol. XXXIV. p. 599-609.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 284.

principalmente em sociedades anteriores às experiências sóciopolíticas características do século XIX (sociedades pré-democráticas).¹⁶

O segundo momento foi marcado pela elaboração de concepções na teoria política, que problematizaram a ênfase coercitiva do poder, tendo como realce as ideias liberais proclamadas por J. LOCKE.¹⁷

Porém, tanto as teorias produzidas no primeiro momento quanto no segundo não permitiram delinear, de forma satisfatória, o elemento particular do poder político, pois tratavam apenas o viés de como um governo deveria ser, não abarcando a conotação das relações políticas enquanto tais.

Surge, então, uma terceira fase na qual ganhou corpo a concepção relacional do poder político, possibilitando o estudo do fenômeno do poder de forma concomitante a sua concretização dentro da realidade histórica. Em outras palavras, somou-se o reconhecimento do lado persuasivo, positivo e construtivo da relação de poder, de acordo com a intensidade atingida em cada sociedade.¹⁸

No que diz respeito ao papel do sistema jurídico em relação ao poder, ele é, em sua duplicidade, paradoxal: ao mesmo tempo que se apresenta como instrumento para a consolidação e estrutura do poder, revela-se também como um caminho condutor dos excluídos do sistema de poder ao alcance da justiça e equidade. Não sem razão, portanto, afirma-se que a estrutura da ordem jurídica influencia diretamente a distribuição do poder dentro da comunidade.¹⁹

Não é fortuito, portanto, que se considera como um dos problemas fundamentais da teoria geral do direito do trabalho a temática do poder ou, melhor dizendo, de poderes e contrapoderes.²⁰

¹⁶ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 127-131.

¹⁷ John Locke apresentou sua teoria baseada em um ponto de vista objetivo, distinguindo três vertentes do poder: (i) poder político; (ii) poder paterno e (iii) poder despótico. O primeiro consistiria no poder exercido pelos governantes sobre os governados, oriundo de um mútuo consenso (*the mutual consent*), caracterizando uma obrigação *ex contractu*. O poder paterno, presente no pai sobre o filho, seria um poder derivado da relação natural de geração (*natural Government*), baseado em uma obrigação *ex natura*. Por fim, o poder despótico, do senhor sobre os escravos, encontraria sua justificativa no castigo decorrente de um delito (como, por exemplo, a perda de uma guerra injusta), como uma obrigação *ex delicto*. DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 127-131.

¹⁸ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 132.

¹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. I. t. I. p. 62-63.

²⁰ DAL-RÉ, Fernando Valdés. "Prólogo". In: ROMÁN, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992. p.7.

Isso ocorre porque o poder diretivo *lato sensu* consiste em uma das formas de manifestação do poder genericamente considerado e deve ser entendido mediante a relação entre pessoas na tomada de decisões.²¹

Nesse sentido, há uma intensa relação entre o contexto social e o direito do trabalho que pode ser atestada, por exemplo, por meio do estudo do requisito vontade dentro da relação jurídica: apesar de a liberdade do trabalhador ser restrita na relação de trabalho, essa possui caráter fundamental para a conformidade do trabalho ao fenômeno democrático atual. Não sem razão, portanto, já existiram teorias justralhistas²² durante período político autoritário, como o entreguerras do século XX, as quais buscavam explicar a relação de emprego com a ausência da vontade. Em outras palavras, se considerarmos a vontade como concretização da liberdade dentro do aspecto laboral, a ausência da primeira (vontade) afastaria a segunda (liberdade).²³

A presença da vontade, tida por essencial, torna-se o principal elemento diferenciador do trabalho livre das demais formas de trabalho do período antecedente ao século XIX.²⁴

Ademais, ao vivenciarmos uma democracia,²⁵ não seriam todas as formas de trabalho que estariam em conformidade com esse modelo político. De acordo com M. G. DELGADO: "Democracia se inter-relaciona com trabalho, mas não certamente com qualquer modalidade de trabalho. Trabalho livre – ainda que subordinado – (...)".²⁶

Ainda no que diz respeito à questão do poder e ambiente laboral, podemos elaborar as seguintes conclusões: a primeira é que se desconhecem experimentos laborais democratizantes que tenham ganhado corpo em uma sociedade que esteja sob um regime politicamente autocrático.

²¹ MAGANO, *Do Poder...* op. cit. p. 243.

²² Exemplo consiste na teoria institucionalista, que será posteriormente abordada.

²³ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 105.

²⁴ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 108.

²⁵ Ciente da distinção entre o conceito de democracia antiga e moderna, frisa-se que o texto faz menção ao último, como conjunto de experiências sociopolíticas iniciadas a partir do século XIX, no mundo ocidental. Entende-se, ainda, por democracia "a política que tem vista o homem, em oposição às políticas que o veem como instrumento, determinando seus objetivos". ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 277.

²⁶ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 103.

Seguindo a mesma lógica, encontra-se uma equivalência entre a consolidação do regime democrático no âmbito político e o acolhimento de formas participativas dos trabalhadores no âmbito interno da empresa.²⁷

A segunda conclusão consiste em um aspecto teórico: o poder político não deve ser entendido como uma substância apropriável nem como uma qualidade adquirida de forma perpétua e imutável. Ademais, o poder político é passível de transformação e pode ter sua intensidade dependente de variáveis como contexto social e forças sociopolíticas em questão. Da mesma forma, deve ser analisado o poder dentro da relação empregatícia.²⁸

1.2. O PODER DIRETIVO

A. S. ROMITA defende que o poder do empregador em dirigir e comandar o trabalho consiste em uma forma de poder, mais especificamente chamado poder jurídico, que, por sua vez, é guiado de seu viés teleológico, ou seja, de dar continuidade ao exercício da atividade empresarial e alcançar os fins buscados pela empresa.²⁹

Vale ressaltar que o fenômeno do trabalho é anterior à regulamentação jurídica do trabalho subordinado. Em detrimento disso, o poder diretivo já foi visto como um poder de fato. No entanto, o instituto do poder diretivo sofreu reflexos da própria evolução histórica do direito laboral. Não é fora de contexto, portanto, a afirmação de que a história do poder de direção seria a história de sua limitação progressiva.³⁰

Duas são as principais formas de perceber os reflexos democráticos no âmbito laboral: como influência externa, relacionando-se às razões estruturais da própria produção contemporânea, fundada no trabalho livre e com origem na sociedade política e civil; ou por meio dos mecanismos internos, merecendo

²⁷ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 133.

²⁸ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 134.

²⁹ ROMITA, Arion Sayão. *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1983. p. 32.

³⁰ MELGAR, Alfredo Montoya. Dimensiones jurídicas de la organización del trabajo na empresa. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Derecho del trabajo*, n. 23, p.17-65, 2000 apud ASSIS, Rui. *O Poder de Direção do Empregador: Configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

destaque ações coletivas organizadas pelos trabalhadores,³¹ entre outras formas mais avançadas de participação obreira na empresa.³²

A análise do poder de direção não pode restringir sua perspectiva à da organização empresarial, pois esta não é neutra e está, na verdade, intimamente ligada ao sistema econômico sob o qual se desenvolve. Nesse sentido, o liberalismo exerceu papel fundamental na consagração de princípios (como o direito à propriedade privada) que possibilitaram o gozo pleno da autonomia dos empregadores.³³

Em resposta aos amplos poderes do empregador até agora consagrados pelo sistema capitalista, surgiu o ordenamento laboral como o conhecemos. Em outras palavras, o desenvolvimento do direito do trabalho está atrelado ao desenvolvimento concomitante do próprio capitalismo. Em decorrência disso, apontam-se duas das principais características desse ramo do direito: historicidade e permeabilidade ante as mudanças sociais e econômicas.

No que diz respeito aos poderes do empregador, tais características traduzem-se nas faculdades a ele reconhecidas, implícita ou explicitamente, ainda que inalteradas em seu núcleo, na intensidade que esses poderes se perfazem ante o trabalhador e nas formas adotadas em cada momento histórico.³⁴

Para R. ASSIS, o poder corresponde a uma disponibilidade de meios para o alcance de um fim. Transpassando o referido conceito para o universo laboral, o poder diretivo consistiria em uma faculdade³⁵ do empregador, fornecida pela lei, de determinar e conformar a conduta do trabalhador, objetivando a prossecução de um objetivo. É importante observar que o poder diretivo não guarda equivalência com um mero poder de fato, sendo, na verdade, um poder jurídico.³⁶

De acordo com A. LENER, definia-se tradicionalmente o poder do empregador como um poder discricionário. No entanto, para o autor, o próprio conceito de discricionarietà alterou-se com o tempo. Por poder discricionário não mais se

³¹ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 161.

³² DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 160.

³³ ROMÁN, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992. p. 19.

³⁴ ROMÁN, María Dolores. *Poder de...* op. cit., p. 19.

³⁵ A respeito de "faculdade", será posteriormente estudado.

³⁶ ASSIS, Rui. *O Poder de Direcção do Empregador: Configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 55-56.

entende um poder livre ou mesmo arbitrário. Tratar-se-ia, hoje, de um poder coordenado para um fim estabelecido pelo ordenamento e controlável na compatibilidade do seu exercício com sua finalidade.³⁷

Por via de regra, o poder de direção é visto como elemento necessário e específico da relação jurídico-laboral: “Mas da específica natureza da relação jurídica de trabalho também resultam traços essenciais que explicam, de forma evidente, a existência e a necessidade de um poder de direção”.³⁸

Inicialmente, a dogmática do poder exercido no âmbito laboral construía-se de maneira vertical ou unilateral, orbitando quase que exclusivamente em torno dos poderes empresariais e fixando-se em dois eixos: o primeiro trata da identificação do titular concreto do referido poder; e o segundo, da delimitação do conteúdo do que é tecnicamente indiscutível, que se configura como potestade, assim como precisar a demarcação do seu limite (legal).

Tal análise fazia sentido dentro de um sistema clássico de relações laborais, caracterizado pela estrutura unicelular das estruturas empresariais e pela unicidade da propriedade e da gestão. No entanto, nos últimos anos, em detrimento das intensas mudanças sociais que transformaram a estrutura laboral e, por sua vez, a temática do poder dentro da empresa, essa análise demonstra-se insuficiente ante as complexidades das relações jurídicas. Para acompanhar essas mudanças, a dogmática do poder empresarial ampliou-se, incorporando novos campos de reflexão.

Entre as alterações sofridas pelo direito laboral, ganham relevo a fragmentação e a expansão dos poderes dentro da empresa, que passou a se organizar, cada vez mais, por meio de um sistema de técnicos ou diretores que assumem os poderes por delegação. De forma concomitante, houve o aparecimento de novas tecnologias e a aplicação massiva da informática e da robótica, resultando na decomposição do ciclo produtivo, no enfraquecimento das linhas hierárquicas tradicionais de comando e na descentralização das unidades produtivas. Por fim, ao se acentuarem, do ponto de vista do ordenamento tanto

³⁷ LENER, Angelo. *Potere – Diritto Privato* in Enciclopedia del Diritto. XXXIV. Giuffrè Editore, 1995. p. 635.

³⁸ ASSIS, Rui. *O Poder...* op. cit., p. 31.

estatal quanto empresarial, os limites e os contrapesos dos poderes empresariais, tem-se como resultado uma aparente perda do seu caráter vertical e autoritário.

Diante desse novo contexto, busca-se uma nova forma de redistribuição do poder na empresa, de forma relativa e igualitária, baseada em um verdadeiro princípio de legalidade empresarial. Desse modo, o estudo do poder diretivo deve envolver mais do que a análise descritiva dos sujeitos e do seu objeto, abrangendo também uma dimensão prescritiva na qual haja a qualificação das formas de exercício do poder, levando-se em conta os elementos que definam o próprio modelo de relação laboral e sua configuração dentro do ordenamento jurídico.³⁹

Nesse sentido, R. ASSIS ressalta:

De tudo resulta que já não há hoje brandura no tema do poder de direção. Anteriormente, num quadro laboral clássico, em que a empresa se apresentava como unidade homogênea, dirigida por quem a detinha, não era difícil identificar o concreto titular dos poderes derivados do contrato de trabalho, qual o conteúdo de tais poderes e quais os limites a que deveriam obedecer, e com isso se podia dar por concluída a análise do tema. Hoje, num contexto intrinsecamente problemático, não bastará uma abordagem tradicional, clássica, que se limite a indagar *quem manda* e *como manda*.⁴⁰

Da mesma forma, esclarece M. V. RUSSOMANO: "(...) a democratização da empresa diminui, sensivelmente, o arbítrio do empresário, na medida em que cria, dentro dela, órgãos consultivos ou deliberativos que, possuindo competência própria, restringem ou desfalam o poder diretivo do empregador".⁴¹

Parece-nos acertada a afirmação de F. V. DAL-RÉ, de acordo com a qual poder de direção se apresenta como um "conceito de encruzilhada" (*concepto de encrucijada*), que envolve vários dos *topoi* próprios ao direito do trabalho.⁴²

Ainda nessa linha, R. ASSIS considera o poder de direção um tema complexo, nuclear e em mutação, bifacetado, pois é por um lado um tema clássico e, por outro, um tema fraturado pelas alterações ocorridas nos últimos anos.⁴³

Em nossa compreensão, o poder revela-se como um fenômeno extremamente complexo que passou por implicações profundas nos últimos anos.

³⁹ DAL-RÉ, Prólogo... op. cit., p. 7-9.

⁴⁰ ASSIS, *O Poder...* op. cit., p. 15.

⁴¹ RUSSOMANO, *Curso...* op. cit., p. 74.

⁴² DAL-RÉ, Prólogo... op. cit., p. 7-9.

⁴³ ASSIS, *O Poder...* op. cit., p. 15.

No âmbito laboral, por entendermos que o poder diretivo é uma das formas de expressão do poder, por este ter-se modificado, aquele, por pressuposto lógico, não poderia permanecer o mesmo. Diante disso, faz-se necessária uma análise do poder dentro da empresa que busque conciliar antigos conceitos às novas possibilidades proporcionadas pela realidade a nós apresentada.

1.3. ELEMENTOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Como já dito, este estudo foca uma modalidade específica da relação de trabalho: a relação de emprego.⁴⁴

Por via de regra, a relação de emprego perfaz-se mediante um contrato de trabalho. O conceito está previsto dentro do ordenamento jurídico no art. 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. (...)”⁴⁵

Com base na interpretação conjunta do art. 2º e 3º da CLT, podemos deduzir que relação de emprego tem como pressuposto a presença de cinco requisitos. Iniciamos com a análise do art. 2º, que conceitua a figura do empregador: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” [grifos nossos]. Notamos aqui um dos elementos da relação de emprego

⁴⁴ Cientes de que, em outros países, a legislação diferencia relação de emprego de contrato de trabalho, principalmente no que diz respeito à origem do vínculo entre o empregado-empregador, como no caso mexicano, nos filiamos à corrente seguida pelo ordenamento brasileiro que não os diferencia. Logo, para esta pesquisa os termos “relação de emprego” e “contrato de trabalho” serão vistos como sinônimos. Por sua vez, consideramos distinto o termo “relação de trabalho”, já que esta englobaria, além das relações de emprego, formas de trabalho que não possuem o elemento fundamental da relação empregatícia: a subordinação. Art. 20 da *Ley Federal del Trabajo* de 1º de abril de 1970: “*Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario. La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.*” “Entende-se por relação de trabalho qualquer que seja o ato que lhe dê origem, a prestação de trabalho pessoal subordinado de uma pessoa, mediante o pagamento de um salário. Contrato individual de trabalho, qualquer que seja sua forma ou denominação, é aquele em virtude do qual uma pessoa é obrigada a prestar trabalho subordinado mediante o pagamento de um salário. A prestação do trabalho a que se refere o parágrafo primeiro e o contrato celebrado produzem os mesmos efeitos.” [tradução nossa]. MEXICO. *Ley Federal del Trabajo*. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf. Acesso em: 08 out. 2020.

⁴⁵ Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 08 out. 2020.

– a personalidade –, pois o trabalho deve ser prestado pelo empregado de forma pessoal.

Para A. M. NASCIMENTO o critério da personalidade resulta na intransferibilidade, característica dos contratos *intuitu personae*, que impossibilitam a transferência unilateral do trabalho pelo empregado e a indissociabilidade entre o empregado e o trabalho exercido. Dito em outras palavras, o contrato de trabalho é “ajustado em função de determinada pessoa”.⁴⁶

Por sua vez, o art. 3º do referido diploma define a figura do empregado: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência desse e mediante salário”. Mediante a inteligência do artigo, percebemos a presença dos quatro últimos elementos: o empregado deve ser pessoa física (excluindo-se aqui a pessoa jurídica); deve prestar serviços de forma não eventual, ou seja, de forma permanente; deve receber salário (definição que não abarca, por exemplo, o serviço voluntário)⁴⁷ e, por fim, deve realizar a prestação em dependência do empregador.

Apesar de o texto da lei prever expressamente o termo “dependência”, tornou-se comum na esfera doutrinária e jurisprudencial a utilização do termo subordinação, o qual, na verdade, possui extrema relevância, pois caracteriza-se como elemento distintivo para a determinação da existência ou não de uma relação de emprego.⁴⁸

De acordo com o uso doutrinário mais tradicional, o lado oposto, de uma mesma moeda, da subordinação é o poder diretivo e vice-versa.⁴⁹

⁴⁶ NASCIMENTO, Iniciação... op. cit., p. 184.

⁴⁷ Lei n. 9.608 de 18 de fevereiro de 1988: Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

⁴⁸ NASCIMENTO, Iniciação... op. cit., p. 181-182.

⁴⁹ Nesse sentido, M.G. DELGADO: “A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego” in DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 349; “Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha” in NASCIMENTO, Iniciação... op. cit., p.182.

Seguindo esse entendimento, à existência da figura de um empregado que exerça um trabalho subordinado corresponde uma do empregador que, por outro lado, é detentora de direitos sobre o modo como a atividade é exercida.⁵⁰ Logo, a análise do elemento subordinação apresenta-se como de extrema relevância para o estudo da questão do poder diretivo.⁵¹

Conceitualmente, para M. G. DELGADO, entende-se como subordinação a situação jurídica oriunda do contrato de trabalho, de acordo com a qual o trabalhador se obriga a acolher a direção do empregador, no que tange ao modo da realização do trabalho.⁵²

Esclarece P. E. V. DE OLIVEIRA que a subordinação consiste no grande elemento caracterizador da existência de uma relação empregatícia. Seriam três modalidades de subordinação que interferem ou podem interferir na relação de emprego: (i) subordinação técnica, (ii) subordinação econômica e (iii) subordinação jurídica.

A subordinação técnica funda-se em dois elementos determinantes: o primeiro diz respeito à tecnicidade das ordens conferidas pelo empregador; em outras palavras, ele é quem determina as técnicas que devem ser utilizadas para o alcance dos objetivos empresariais; o segundo está relacionado com a pessoa para quem o trabalhador confere sua força de trabalho, a qual teria como profissão servir-se do labor de outrem (profissionalização do empregador).⁵³

Já a subordinação econômica dá-se quando o empregado percebe todo seu sustento do trabalho e o empregador, na figura de quem paga, absorve a atividade do empregado. Porém, vale ressaltar que a subordinação econômica *per se* não basta para a caracterização de uma relação empregatícia.

Por fim, tem-se a subordinação jurídica, entendida como um dos produtos resultantes do perfazimento do contrato de trabalho. No entanto, não deve ser

⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações individuais e coletivas do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 717.

⁵¹ BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho: Limites do Poder e outras Questões da Atualidade*. *Revista do Advogado*, v. 25, n. 82, p.10-21, 2005. p. 11.

⁵² DELGADO, Maurício Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. p. 104.

⁵³ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Campo de Aplicação do Direito do Trabalho – Sujeitos: Empregador e Empregado*. In MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de Direito do Trabalho – Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 2. p. 77.

confundida com um *status subjectionis* ou sujeição pessoal, pois a subordinação é refletida no trabalho, e não no trabalhador. Trata-se, na realidade, da integração do trabalhador à organização empresarial, mediante um vínculo formado contratualmente, no qual o trabalhador submete sua atividade ao poder diretivo do empregador.⁵⁴ No mesmo sentido, M. V. RUSSOMANO afirma ser a melhor explicação para a subordinação no ambiente laboral a dependência hierárquica, estabelecida contratualmente. Esta nada mais é do que figura símile à já citada subordinação jurídica.⁵⁵ Segundo o autor,

(...) é uma subordinação que atua sem caráter pessoal, nascida da realidade indiscutível e ainda não superada, reconhecida por leis combinadas que, partindo dela e exatamente porque a admitem, chegam a medidas de efetiva proteção do trabalhador, impedindo o uso abusivo, pelo empresário, do seu inegável poder de dirigir, nas sociedades ocidentais, o ritmo e o rumo da produção oriental.⁵⁶

Para R. SANSEVERINO, a subordinação dentro da relação laboral possui sempre base contratual e deve ser vista como uma posição jurídica, pois não se restringe apenas a um aspecto técnico-econômico, mas também engloba, na realidade, a esfera jurídica do trabalho. No entanto, não é possível a determinação, a priori, de uma posição jurídica do trabalhador que abranja todos os tipos de relação de trabalho. Em outras palavras, não é conceitualmente viável determinar um conteúdo unitário do trabalho subordinado.⁵⁷

Para a autora, a subordinação não incide sobre a pessoa e personalidade do trabalhador, limitando-se apenas à execução da prestação laboral. Ademais, a subordinação não possuiria caráter permanente, devendo estar restrita ao horário preestabelecido para a prestação do trabalho. Interessante afirmação faz a mesma autora, ao dizer que a relação laboral, em virtude da subordinação, elemento esse imprescindível, se apresenta também como uma peculiar relação de natureza fiduciária. Esse elemento fiduciário é, em determinadas situações, posto em

⁵⁴ OLIVEIRA, Campo de Aplicação... op. cit., p. 78.

⁵⁵ "(...) a dependência hierárquica também pode ser denominada de subordinação jurídica." RUSSOMANO, *Curso...* op. cit., p. 73.

⁵⁶ RUSSOMANO, *Curso...* op. cit., p. 73.

⁵⁷ SANSEVERINO, Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. trad. Orlando Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 49.

destaque, justificando um teor impositivo por parte do empregador ou de quem faz suas vezes de determinar diretrizes ao empregado.⁵⁸

Da mesma forma que ocorre com a subordinação, para o elemento fiduciário também não há um conceito uniforme e constante. No entanto, pode-se destacar que, em regra, o componente fiduciário se apresenta de forma inversamente proporcional à subordinação. Ou seja, quanto maior destaque em determinada relação laboral obtiver a natureza fiduciária, menor a intensidade da subordinação a que o trabalhador estará submetido.⁵⁹

No momento em que o trabalho é prestado, estabelece-se uma forma de hierarquia especial, resultando que as duas partes – o empregado e o empregador – não se encontram no mesmo plano.⁶⁰

P. E. V. DE OLIVEIRA afirma que, por ser o objeto do contrato laboral a atividade do trabalhador, somente sobre ela o poder diretivo deve ser exercido: “O trabalhador é subordinado apenas e enquanto deve conformar sua prestação aos critérios diretivos estabelecidos pelo empregador e, em geral, às exigências técnico-administrativas da empresa”⁶¹, devendo sempre a subordinação estar de acordo com a personalidade, a liberdade, a dignidade do trabalhador.⁶²

Em outras palavras, a subordinação deveria ser analisada, do ponto de vista jurídico, apenas sob o aspecto objetivo, sendo exercida apenas no modo de realização do trabalho. Caso contrário, estar-se-ia retornando ao modelo escravagista ou de servidão, permitindo que ocorresse a sujeição pessoal do trabalhador em vez da subordinação.⁶³

Neste estudo, acreditamos ser a subordinação característica essencial do contrato de trabalho e característica diferenciadora das demais formas de relação de trabalho. No entanto, aderimos à concepção de que a subordinação deve restringir-se tão somente no que diz respeito à execução da prestação laboral, e não ao trabalhador como indivíduo, possuindo, portanto, base contratual e

⁵⁸ Nesse mesmo sentido, M.V. RUSSOMANO afirma ser a dependência hierárquica menor quanto maior for a alta categoria profissional do trabalhador. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 74.

⁵⁹ SANSEVERINO, *Curso...* op. cit., p. 51-52.

⁶⁰ SANSEVERINO, *Curso...* op. cit., p. 200.

⁶¹ OLIVEIRA, Campo de... op. cit., p. 78.

⁶² OLIVEIRA, Campo de... op. cit., p. 78.

⁶³ DELGADO *O Poder ...* op. cit., p. 104.

sujeitando-se a limites impostos não só por este. Entender a subordinação aplicada ao indivíduo seria ignorar os direitos constitucionalmente garantidos ao cidadão, como o direito à dignidade humana.⁶⁴

Ademais, neste estudo, acredita-se que a subordinação se apresenta de diversas formas a depender de diversos fatores, como a espécie, o modo de exercício da prestação laboral, entre outros. Trata-se, na verdade, do reconhecimento da relatividade do laço subordinativo.⁶⁵

Afirmamos ainda possuir a relação de emprego um caráter fiduciário, elemento este não só encontrado e, portanto, não exclusivo a essa modalidade específica de relação jurídica. A nosso ver, seria equivocado conferir margens bem definidas ao elemento fiduciário, já que um conceito fluído – porém, com manutenção de um núcleo central – permite seu reconhecimento e análise em uma gama de relações empregatícias diversas.

1.4. TERMINOLOGIA, CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA

1.4.1. Terminologia

É fato que na doutrina não há consenso sobre a terminologia utilizada a fim de denominar o fenômeno do poder diretivo.⁶⁶ Utilizou-se, com o escopo de designar o fenômeno aqui estudado, na doutrina nacional, dos termos: poder hierárquico, poder diretivo, poder empregatício ou poder intraempresarial, poder de direção,⁶⁷ direito de direção geral, poder de conformação, poder de especificação,⁶⁸ entre outros.

Parece-nos pertinente a crítica apontada por M. G. DELGADO de que o termo poder hierárquico traz uma rigidez inconciliável com o processo de democratização

⁶⁴ O direito à dignidade será posteriormente explorado no capítulo 2, item 5.

⁶⁵ FILHO, Evaristo de Moraes; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 202.

⁶⁶ Alguns doutrinadores denominaram de forma diversa o fenômeno em questão. Ilustrativamente, M. G. Delgado utiliza da expressão “poder empregatício ou poder interempresarial”. DELGADO, *Curso...* op. cit., p. 789.

⁶⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 40. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 247.

⁶⁸ Cf. SANSEVERINO, *Curso...* op. cit., p. 207.

do poder dentro da empresa, restando superado por boa parte da doutrina, ao remontar influências administrativas ou institucionalistas no direito laboral.⁶⁹

Nessa mesma linha, para A. S. ROMITA, o reconhecimento, na formação e na execução do contrato, da igualdade jurídica entre os contraentes tem como consequência a rejeição da visão hierárquica. Segundo o autor, o termo hierarquia, com o sentido de supremacia de um sujeito sobre o outro, só seria compatível com o direito público e com a organização das forças armadas. Como conclusão, não haveria como falar em poder hierárquico no âmbito do direito do trabalho. O autor faz a distinção, ainda, entre poder hierárquico, entendido como supremacia de um ator social sobre o outro, e hierarquia como forma de estruturação e técnica de comando indireto.⁷⁰

R. SANSEVERINO, embora adote a expressão poder hierárquico, faz a ressalva de que, apesar dos epítetos ‘poder’ e ‘hierarquia’ terem origem no direito público, tais palavras devem ser analisadas dentro do direito privado, que vem a ser disciplinado pela vontade dos indivíduos, direta ou indiretamente.⁷¹

Um importante ponto que deve ser ressaltado é que a escolha pela melhor expressão que denomine o fenômeno do poder da empresa, em última análise, se relaciona, de forma direta, com o entendimento do operador de direito (em regra, a mesma da sociedade) do elemento subordinação.

Nesse passo, alinhamo-nos com M. GHIDINI na defesa de que a subordinação não pode ser vista como uma manifestação de uma relação hierárquica visto que nesta importa uma “senhoria” possuída por uma parte superior ante uma inferior que não comporta escolhas unilateralmente feitas por aquela. Adotar tal concepção seria incompatível com os princípios constitucionalmente garantidos de liberdade e igualdade.⁷²

⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 791. Adotam a mesma crítica: BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 385.

⁷⁰ ROMITA, Arion Sayão. Os Poderes do Empregador e os Deveres do Empregado na Relação de Emprego, segundo Délio Maranhão. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 37-52, jul./set. 2015. p. 44-45.

⁷¹ SANSEVERINO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 200.

⁷² GUIDINI, Mario. *Diritto del Lavoro*. Parte Generale – Diritto Sindacale – Contratto individuale di lavoro - Controversie del Lavoro. Padova: CEDAM, 1976. p. 176.

Portanto, da mesma forma acreditamos que a expressão poder hierárquico não só não é a melhor maneira de denominar o fenômeno do poder na empresa como também está em desacordo com os ideais da Carta Maior.

Visto isso, utilizar-se, neste estudo, direito diretivo ou poder de direção como epítetos que melhor se referem ao fenômeno global do poder dentro da relação de emprego por serem adotados por grande parte da doutrina.

1.4.2. Conceito

Coube à doutrina desenvolver o conceito de poder diretivo, pois não há, no ordenamento jurídico brasileiro, conceito expresso em dispositivos legais. Recorre-se, para o exercício de conceituação do poder diretivo, ao já citado art. 2º da CLT, que, na verdade, apenas define a figura de empregador: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Com base na análise do artigo supracitado, entende-se como empregador aquele que dirige a prestação pessoal de serviço, ou seja, determina o conteúdo da atividade do empregado.⁷³

Caso semelhante encontra-se no ordenamento italiano, no qual há a previsão, no art. 2.086 do Código Civil Italiano,⁷⁴ de que o empregador é o chefe da empresa e dele dependem hierarquicamente os colaboradores.⁷⁵ De forma lógica, mas não direta, o ordenamento prevê a obrigatoriedade do empregado de observar, para a execução e para a disciplina da tarefa, as disposições emanadas pelo empregador, ressaltando que dele depende hierarquicamente.⁷⁶

⁷³ MAGANO, Octavio Bueno. *Do Poder...* op. cit., p. 91.

⁷⁴ Art. 2.086, Código Civil Italiano: “*L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori.*” “O empregador é o chefe da empresa e dele dependem hierarquicamente seus colaboradores.” [tradução nossa]. ITÁLIA. Codice civile 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile> Acesso em: 19 set. 2020.

⁷⁴ SANSEVERINO, *Curso ...* op. cit., p. 204.

⁷⁵ *Ibid.* p. 204.

⁷⁶ Art. 2.104, Código Civil Italiano: “*(...) Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.*” “Deve também observar as disposições para a execução e disciplina do trabalho dado pelo empregador e pelos seus colaboradores hierarquicamente dependentes.” [tradução nossa]. ITÁLIA. Codice civile...op. cit.

No âmbito doutrinário, O. B. MAGANO conceitua poder diretivo como a capacidade do empregador, derivada de seu direito subjetivo ou da organização empresarial, de “determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades daquela.”⁷⁷

M. G. DELGADO afirma que o poder diretivo, por ele cunhado como empregatício, consiste no “conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”.⁷⁸

Já E. R. DO SANTOS define o referido poder como

as prerrogativas que derivam inclusive da índole constitucional (livre iniciativa) que atribuem ao empregador o direito de livre organização empresarial, desde a ideia inicial de seu empreendimento (projeto de criação) até a consolidação do negócio em todas as suas fases, e na seara trabalhista, o poder de estruturar funcional e hierarquicamente as relações internas entre o trabalho e o capital, inclusive a elaboração do regulamento da empresa.⁷⁹

Apoiados nos conceitos acima propostos, percebemos que, apesar de certas diferenças entre os autores, ao redor de núcleo comum orbitam três atividades principais: direção geral da atividade laboral, controle da execução laboral, por fim, aplicação de sanções disciplinares.⁸⁰

1.4.3. Natureza jurídica

Um dos grandes desafios no direito do trabalho consiste em determinar qual seria a natureza jurídica do poder diretivo. Ainda hoje há falta de consenso sobre a natureza do fenômeno de poder no âmbito da relação empregatícia. Grande parte da doutrina é coerente no sentido de que o poder diretivo é um direito subjetivo. Em outra perspectiva, há a vertente defensora do poder diretivo como direito potestativo. Para melhor abordagem do tema, iniciamos pela conceituação oriunda

⁷⁷ MAGANO. *Do poder...*, p. 94.

⁷⁸ DELGADO, *Curso...* op. cit. 790.

⁷⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador - a tese do poder disciplinar compartilhado. *LTr: Revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 5, p. 545-556, 2008.

⁸⁰ Essa divisão é seguida por A. P. BELTRAN em BELTRAN, *Direito do Trabalho...* op. cit., p. 13.

do direito civil dos referidos institutos para, posteriormente, analisá-los segundo a ótica laboral.

De acordo com A. TRABUCCHI, o direito subjetivo consistiria em um poder atribuído à vontade e garantido pelo ordenamento jurídico, para atingir a satisfação dos próprios interesses. A. TRABUCCHI aponta como elementos constitutivos do instituto o interesse e a vontade.⁸¹

Na doutrina pátria, F. AMARAL define direito subjetivo como o poder conferido pela ordem jurídica de agir ou de exigir de outrem determinado comportamento. Trata-se de uma zona de poder reconhecida e limitada pelo direito objetivo.⁸² Contidas no âmbito do direito subjetivo, estariam as chamadas faculdades jurídicas, assim entendidas como as possibilidades de atuação jurídica reconhecidas pelo direito à pessoa que se encontra em certa situação.⁸³ Ao contrário do direito subjetivo, que possui existência autônoma, as faculdades seriam desdobramentos dele e, portanto, dependentes.⁸⁴

Por sua vez, C.M. S. PEREIRA caracteriza o direito subjetivo (*facultas agendi*) como um poder do titular que invoca a ideia de um dever a ser prestado por outrem. Vale observar que consiste em um poder, assegurado no ordenamento jurídico, que está à disposição do seu titular, mas que não depende do seu efetivo exercício.⁸⁵

A. TRABUCCHI afirma que, na doutrina moderna, desponta ainda uma categoria de direito subjetivo na qual o interesse do sujeito é tutelado mediante o reconhecimento de um poder direto de criar, modificar ou extinguir uma situação com uma manifestação unilateral de vontade. Tal categoria chama-se direito potestativo.⁸⁶

⁸¹ "Il diritto soggettivo è costituito da un potere, attribuito alla volontà e garantito dall'ordinamento giuridico, per conseguire il soddisfacimento dei propri interessi. Gli elementi costitutivi sono pertanto due: interesse e volontà." O direito subjetivo consiste em um poder atribuído à vontade e garantido pela ordem jurídica para conseguir a satisfação dos próprios interesses. Os elementos constitutivos são, portanto, dois: interesse e vontade." [tradução nossa] TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 18. ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971. p. 47.

⁸² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 287-288.

⁸³ AMARAL, *Direito...* op. cit., p. 302.

⁸⁴ No entanto, de acordo com F. AMARAL, reconhece-se a possibilidade de uma faculdade jurídica vir a se tornar independente transformando-se em verdadeiros direitos subjetivos. A título de exemplo, o autor cita a situação em que primitivo titular transmite essas faculdade em separado para outrem.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 25-26.

⁸⁶ TRABUCCHI, *Istituzioni...* op. cit., p. 55-56.

F. AMARAL diferencia poder potestativo e direito subjetivo da seguinte forma: enquanto ao direito subjetivo se contrapõe um dever, ao direito potestativo se contrapõe uma sujeição, ou seja, a necessidade de suportar o exercício do direito potestativo. Não por outra razão, o autor afirma que os direitos potestativos são conhecidos como direitos de formação, pois permitem ao titular modificar unilateralmente uma situação subjetiva de outrem, o qual não tem alternativa senão sujeitar-se.⁸⁷

Retornando à esfera do direito do trabalho, importa ainda analisar a divisão tripartite de direito subjetivo proposta por O. B. MAGANO: existiria o direito subjetivo *stricto sensu*, ou seja, aquele que pressupõe uma prestação obrigacional por parte do devedor; o direito potestativo trata da impotência do sujeito passivo de impedir ou dificultar os efeitos almejados pelo sujeito ativo. Por fim, ter-se-ia o direito-função, no qual seria atribuído ao sujeito ativo um poder para a tutela de um interesse alheio (geralmente superior ao interesse próprio).⁸⁸

Para o autor, a natureza do poder diretivo no ambiente empresarial estaria em alteração: tende a perder as características de direito potestativo para tornar-se um direito-função. Ou seja, tende a possuir como objetivo a realização dos interesses da própria empresa, em vez de voltar-se para a satisfação dos interesses egoísticos do empregador.⁸⁹

Como protetor da vertente que defende o poder diretivo como direito potestativo, cita-se L. M. T. M. LEITÃO, o qual argumenta que o exercício do primeiro, tal como o segundo, altera unilateralmente a relação laboral. O referido poder é tido, portanto, como uma declaração negocial unilateral reptícia, que está sujeita às regras gerais de eficácia da declaração negocial presentes no Código Civil.⁹⁰ O autor faz a ressalva de que, apesar de consistir em um direito potestativo, o poder diretivo apresenta uma peculiaridade: não se esgota no momento em que é exercido, ou seja, não é exercido geralmente uma única vez. Diferentemente da

⁸⁷ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 301.

⁸⁸ MAGANO, *Do Poder...* op. cit., p. 244.

⁸⁹ MAGANO, *Do Poder...* op. cit., p. 242.

⁹⁰ No caso português, as regras gerais estariam configuradas no art. 224, do Código Civil Português e seguintes. Disponível em: <https://dre.pt/web/quest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202009171824/73747564/diploma/indice>. Acesso em: 17 set. 2020.

regra geral dos direitos potestativos, o empregador pode vir a exercê-lo durante a vigência da relação empregatícia, até mesmo em sentido contrário.⁹¹

De acordo com D. MARANHÃO, por poder jurídico entende-se aquele pelo qual seu detentor pode diretamente, ou seja, sem intervenção *a priori* do Estado exigir de outrem um dever jurídico. No âmbito da relação de emprego, segundo essa concepção, o empregador possui um poder jurídico que lhe permite exigir do empregado um dever jurídico.⁹²

Para M. R. P. RAMALHO, o poder diretivo consiste em um direito subjetivo em sentido estrito, pois possui uma organização que se decompõe em poderes menores (estrutura compreensiva), o conteúdo se reconduz a um poder delegado legalmente (permissão normativa específica) e objetiva o aproveitamento de um bem – no caso, a atividade laboral do obreiro. Para a autora, o poder em questão não se enquadra como potestativo, pois implica, na esfera jurídica do trabalhador, um elemento positivo, e não negativo, de suporte.⁹³

Há ainda a vertente que afirma consistir o poder diretivo em uma faculdade conferida pelo contrato de trabalho ao empresário de dar ordens sobre o modo, o tempo e o lugar de execução do trabalho.⁹⁴

Na doutrina pátria, A. M. NASCIMENTO afirma que o poder diretivo deve ser visto como uma “faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”.⁹⁵

Não obstante, discorda O. B. MAGANO dessa visão do poder diretivo como uma faculdade, ou seja, como uma manifestação do direito subjetivo em suas várias possibilidades. Acredita o autor que o poder diretivo deve ser visto, na realidade,

⁹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 315.

⁹² MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1978. p. 76-77.

⁹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Situações Laborais Individuais*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 2. p. 568.

⁹⁴ “*El poder de dirección es la facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo; el poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales (...)*.” “O poder de direção é a faculdade conferida ao empregador pelo contrato de trabalho, de ordenar a modalidade, a hora e o local de execução do trabalho; o poder de direção é um poder de ordenar as prestações laborais.” [tradução nossa]. OLEA e BAAMONDE. *Derecho ...* p. 364.

⁹⁵ NASCIMENTO e NASCIMENTO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 717.

de acordo com uma ótica mais genérica sobre a forma como as pessoas se apresentam no mundo jurídico. Em outras palavras, por ser o poder diretivo um poder derivado, já que limitado pela ordem estatal, e não soberano, deve ser visto de acordo com a forma mais ampla de afirmação das pessoas no mundo jurídico. Em suma, o poder diretivo deveria, portanto, consistir em uma capacidade.⁹⁶

Existe ainda a vertente que defende ser o poder diretivo um direito-função, ou seja, tratar-se-ia de um direito atribuído ao titular para agir não estritamente em interesse próprio, mas em interesse alheio. Ou seja, tal concepção atenua o aspecto unilateral – mas o mantém – conferido ao poder diretivo já que a seu titular cabe um dever.⁹⁷

M. REALE apresenta o poder, o interesse legítimo e o direito subjetivo como espécies pertencentes ao gênero de situação jurídica subjetiva, a qual consiste em uma “possibilidade de ser, de pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”.⁹⁸

Importam-nos os conceitos pelo autor fornecidos de poder e direito subjetivo. Este consistiria na possibilidade de exigir, de forma garantida, o que, por meio das normas, lhe foi atribuído como próprio. Já o poder relaciona-se com o exercício de uma atribuição ou competência sem a existência de uma pretensão ou obrigação correlatas, ou seja, o exercício do poder está intimamente ligado a uma sujeição. Os dois institutos diferenciam-se principalmente no que diz respeito à disponibilidade: enquanto ao detentor do poder não é conferida escolha, ou seja, ele não pode esquivar-se de praticar as funções a ele designadas, ao detentor do direito subjetivo é conferida uma pretensão, podendo ele usar, ou não, seu direito.⁹⁹

Ao trazermos essa definição ao âmbito laboral, percebemos que o poder diretivo é uma espécie que possui características tanto de direito subjetivo quanto também de poder. Explica-se: ao empregador é conferido o poder diretivo e, no que diz respeito às regras e instruções da prestação de serviço, ele pode, ou não, valer-se desse direito (*jus variandi*). No entanto, a responsabilidade lhe é conferida por

⁹⁶ MAGANO, *Do Poder...* op. cit., p. 29, 63.

⁹⁷ DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 812-813.

⁹⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 259.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 257-263.

lei, à qual o empregador não pode esquivar-se, nem deixar de zelar pela saúde e integridade dos trabalhadores.¹⁰⁰

Ainda, de acordo com nossa compreensão, o poder diretivo não pode ser visto como poder potestativo, pois, além de o seu exercício passar por significativas limitações devido a diversos dispositivos legais¹⁰¹ que impossibilitam classificá-lo como direito potestativo, admiti-lo como tal, dentro do atual contexto, seria uma verdadeira regressão do ponto de vista doutrinário, não sendo esse suficiente para justificar a natureza jurídica do instituto.

Parece-nos acertado afirmar, portanto, que o poder diretivo está mais próximo de um direito-função, que ameniza parte da unilateralidade no tocante aos efeitos decorrentes de seu exercício. No entanto, não se descarta a hipótese da semelhança entre o poder diretivo como um direito subjetivo, desde que visto como categoria especial, como proposto por A. TRABUCCHI, de poder-dever, ou seja, o poder exercido em função do *múnus*, tendo seu exercício vinculado à tutela de um interesse. Não se reconhece um livre-arbítrio, e sim um arbítrio prudente (*prudente arbitrio*).

¹⁰⁰ Nesse sentido, cita-se a obrigatoriedade de assegurar a segurança dos trabalhadores presente nos art. 7º, XXII, CF, art. 166 da CLT e o previsto na NR 6. Respectivamente: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;" BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 166, CLT, incluído pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977: "A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados". BRASIL. Decreto-Lei (DL) nº 5.454, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial da União, Brasília, DR, 09 de ago. 1943, Seção 1, p. 11.937; NR 06- 6.3 "A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias: a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho;"

¹⁰¹ Apenas a título de exemplo, cita-se a Lei nº 8.213/91, que estabelece cotas mínimas de empregados deficientes, visando incluí-los no mercado de trabalho. BRASIL. Lei nº 8.231, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991, Seção 1, p. 14.809.

1.5. FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS

Neste item, analisamos os fundamentos do poder diretivo. Por “fundamentos”¹⁰² entende-se o fato jurídico que responde pela gênese do instituto e lhe confere validade no âmbito do direito.¹⁰³

Conforme explica M. R. P. RAMALHO, fundamentar consiste em “explicar a existência, na titularidade de um ente privado e num vínculo de direito privado, de uma posição jurídica de domínio ou de supremacia sobre outro ente privado”.¹⁰⁴

1.5.1. Fundamentos legais

No direito brasileiro, não há previsão legal expressa que confira suporte à existência do poder diretivo. No entanto, existem normas que, de forma indireta, abordam o assunto entre as quais merecem destaque o já citado art. 2º da CLT (define o conceito de empregador, tido em geral como o fundamento legal do poder diretivo)¹⁰⁵, os arts. 468, parágrafo único, e 469¹⁰⁶ (que fazem menção ao *jus variandi* do empregador) e o art. 474¹⁰⁷, que prevê e limita a suspensão disciplinar.¹⁰⁸

Já no âmbito doutrinário, vemos o surgimento de diversas teorias a fim de justificar o poder diretivo.

¹⁰² Vale ressaltar a existência de autores que se utilizaram de outras nomenclaturas, como Octavio Bueno Magano, que, a título de exemplo, utilizou “fontes do poder diretivo”.

¹⁰³ DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 799.

¹⁰⁴ RAMALHO, *Tratado...* op. cit., p. 569.

¹⁰⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 233.

¹⁰⁶ Art. 469, CLT: “Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio. § 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§ 2º - É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º - Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação”. BRASIL. Decreto-Lei (DL) nº 5.454, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial da União, Brasília, DR, 09 de ago. 1943, Seção 1, p. 11.937.

¹⁰⁷ Art. 474, CLT: “A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”. BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452... op. cit.

¹⁰⁸ DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 806-807.

1.5.2. Fundamentos doutrinários

As várias teses doutrinárias desenvolvidas a respeito do tema giram em torno de quatro principais vertentes. De acordo com a sistematização proposta por M.G. DELGADO, seriam elas: teoria da propriedade privada, teoria institucionalista, teoria publicista e teoria contratualista.¹⁰⁹ Ademais, abordamos a teoria do interesse, nos ditames de A. M. NASCIMENTO, e as teorias apresentadas por J. JAVILLIER: patrimonial-contratual e institucional-comunitária.

a) Teoria da propriedade privada

A teoria que baseia o poder diretivo no instituto da propriedade privada é, decerto, a mais antiga. A corrente privatística remonta ao início do direito do trabalho como ramo jurídico hodiernamente conhecido e edifica-se na antiga estrutura assimétrica e unilateral do poder no âmbito empresarial.¹¹⁰ Tal teoria tem como um dos expoentes principais HUGO SINZHEIMER, que funda o poder intraempresarial no direito de propriedade.¹¹¹

Um dos principais expoentes dessa teoria é J. M. CATHARINO, que destaca: “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”.¹¹²

P. DURAND e R. JAUSSARD já indicavam a insuficiência de explicar o fenômeno do poder dentro da empresa mediante o conceito de direito de propriedade, já que nem sempre a figura do empregador coincide com a do proprietário dos meios de produção. Para os autores, o verdadeiro fundamento do poder estaria concentrado nas responsabilidades assumidas pelo empregador. Ou seja, o empregador, por

¹⁰⁹ Utilizou-se a divisão proposta por DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 799.

¹¹⁰ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 165.

¹¹¹ DURAND, P.; JAUSSARD, R. *Traité de Droit du Travail*. Paris : Libraire Salloz, 1947. v. I. p. 424.

¹¹² CATHARINO, J. M. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1982. v. I. p. 115.

ser o responsável pela garantia do bem comum dos membros da empresa, deve dispor dos poderes necessários para alcançar esse fim.¹¹³

b) Teoria institucionalista

Outra corrente que objetiva justificar o poder patronal é a teoria institucionalista, de acordo com a qual a instituição seria o título e o fundamento do poder diretivo. A referida corrente ganhou destaque principalmente no período entreguerras na Europa Ocidental, momento em que despontavam inspirações políticas de caráter autoritário.¹¹⁴ Nesse sentido, D. MARANHÃO ressalta: “Não foi por acaso que a concepção institucionalista veio a ser consagrada pela lei nazista de 1934, que organizou a Frente de Trabalho”.¹¹⁵

Um dos principais defensores dessa teoria no direito nacional foi L. J. DE MESQUITA. Segundo o autor, a relação jurídica laboral devia ser analisada além do seu aspecto contratual tradicional. Haveria uma feição institucional na relação empregatícia, justificada pela natureza da empresa moderna. Dever-se-ia considerar não apenas o caráter interindividual, entre o empregado e o empregador, baseado no binário prestação-contraprestação, mas também reconhecer que ambos os atores sociais estão integrados em uma mesma comunidade econômica (a empresa)¹¹⁶, por isso encontrar-se-iam dentro de uma lógica intersocial de colaboração econômico-social.

Enquanto o contrato une o empregado e o empregador apenas em nível interindividual, a instituição os inclui na comunidade do trabalho, revelando um vínculo intersocial. Tal distinção importa quando analisamos que entre contratantes haveria mera prestação-contraprestação, enquanto entre membros de uma comunidade há integração e colaboração. Vale ressaltar que o contrato e a

¹¹³ “On rattache traditionnellement les droits de l’employeur au droit de propriété qu’il possède sur les éléments de l’entreprise. Cette explication ne paraît pas exacte. Le droit de propriété, droit réel portant sur des choses, ne peut expliquer un pouvoir de commandement sur des personnes. L’entrepreneurs n’est d’ailleurs pas toujours propriétaire des moyens de production.” “Associam-se tradicionalmente os direitos do empregador ao direito de propriedade que ele possui sobre os elementos da empresa. Essa explicação não parece exata. O direito de propriedade, direito real que se aplica sobre coisas, não pode explicar um poder de ddivida sobre pessoas. O empresário, aliás, não é sempre proprietário dos meios de produção.” [tradução nossa]. DURAND e JAUSSARD, *Traité...* op. cit., p. 424.

¹¹⁴ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 165.

¹¹⁵ MARANHÃO, *Direito...* op. cit., p. 43.

¹¹⁶ MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 13.

instituição, para o autor, não são autoexcludentes, sendo sua coexistência uma realidade.¹¹⁷

O autor traça ainda um paralelo entre a sociedade política e a empresa, em que existiriam os três Poderes (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário) apontando ainda que a posição de chefe natural do empregador fundamentaria o exercício desses poderes no âmbito empresarial.¹¹⁸

Entre as críticas a essa teoria, tem-se que ela apresenta um caráter mais político e social do que essencialmente jurídico, encontrando-se em declínio.¹¹⁹ No entanto, nesse contexto, merece destaque o apontamento de J. L. S. MAIOR, para quem é inquestionável a existência de certa conotação institucional, já que apenas a teoria contratual seria insuficiente para explicar o poder diretivo, uma vez que a hierarquia é própria da organização empresarial e não de um trato negocial:¹²⁰

(...) esse poder fundamenta-se na ideia da empresa como instituição, sendo que esse poder deve ser exercido no interesse maior (socialmente visto) da empresa, e não para atender aos caprichos e desmandos daqueles que ocupam na estrutura organizacional da empresa uma posição hierárquica superior, sem interferir, como dito, nos direitos de personalidade do empregado, que, por óbvio, suplantam o dado corporativo que a teoria institucional empresa à empresa.¹²¹

c) Teoria publicista

Conservando o viés autoritário da corrente supracitada, têm-se ainda a teoria publicística, que, por sua vez, se baseou na ideia de delegação do poder pelo Estado ao empregador.¹²²

Nesse sentido, E. P. BOTIJA afirma que a empresa é simultaneamente um sujeito ativo da política social. Não sendo o papel da empresa estritamente econômico, devem-se levar em conta também aspectos políticos e morais. A

¹¹⁷ MESQUITA, *Direito...* op. cit., p. 16.

¹¹⁸ MESQUITA, *Direito...* op. cit., p. 33.

¹¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017. p. 386.

¹²⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho: a Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v. II, p. 130.

¹²¹ MAIOR, *Curso de Direito...* op. cit., p. 129.

¹²² DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 169.

empresa seria um ente de direito privado que exercita certas potestades de direito público pelo Estado a ela delegadas.¹²³

d) Teoria contratual

Atualmente, a teoria que possui mais adeptos é a contratual.¹²⁴ Essa teoria justifica o poder empresarial no contrato laboral. Segundo A. M. DE BARROS:

Mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre o empregado e o empregador, o qual coloca sob responsabilidade desse último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa (...).¹²⁵

O contrato, ademais, é base não só para o fundamento, mas também age elemento limitador do poder diretivo.¹²⁶

O motivo de a teoria contratual ser a que possui mais adeptos está relacionado, entre outros fatores, ao amplo sentido da noção de contrato, o que permite englobar o maior número de situações empregatícias, desde as mais assimétricas, unilaterais e com maior caráter hierárquico até as que apresentam uma divisão mais equilibrada do poder, sendo, portanto, mais democráticas.¹²⁷

Nesse sentido, M. G. DELGADO afirma ser a vertente contratualista a “única concepção que abrange qualquer hipótese de configuração histórico-jurídica do fenômeno do poder empregatício”.¹²⁸

No entanto, deve-se ressaltar que a noção de contrato dentro do âmbito laboral, apesar de apresentar semelhanças, não é de todo igual à da teoria civilista clássica. O contrato de trabalho pode-se multilateralizar, ou seja, apesar de originalmente bilateral (acordo firmado entre sujeito individual e coletivo empresário e um sujeito individual obreiro), pode sofrer interferência, ao longo de seu exercício, da vontade de um sujeito coletivo obreiro. Trata-se de um dos desdobramentos do

¹²³ BOTIJA, Eugenio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1948.

¹²⁴ Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 278; DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 170; MARTINS, *Direito...* op. cit., p. 233.

¹²⁵ BARROS, *Curso ...* op. cit., p. 386.

¹²⁶ SÜSSEKIND, *Curso...* op. cit., p. 278.

¹²⁷ DELGADO, *O Poder...* op. cit., p. 172.

¹²⁸ DELGADO, *Curso...* op. cit., p. 804.

caráter dinâmico e democrático do contrato de trabalho, adquirido principalmente após o período inicial do sistema industrial moderno.¹²⁹

É oportuno mencionar a divisão bifronte da teoria contratualista apresentada por O. B. MAGANO: a unitarista e a dualista. A primeira defende que o contrato é fonte tanto das obrigações nele previstas quanto das que possam surgir no curso da relação empregatícia. Em outras palavras, o exercício do poder diretivo consiste em mera declaração do que já estaria previsto no contrato.¹³⁰

Por sua vez, a segunda parte do pressuposto de que cada um dos atores da relação jurídica pode ocupar duas posições diversas: a primeira se relaciona ao binômio pretensão e obrigação; a segunda corresponde ao confronto entre poder e sujeição. Ao celebrar um contrato de trabalho, o empregador torna-se ao mesmo tempo titular de um direito de crédito contra o empregado, cujo objeto é a atividade deste, e é investido de um direito de dirigir a atividade do trabalhador. Para essa teoria, a fonte imediata do poder diretivo não está nas cláusulas previstas contratualmente, e sim no poder em que o empregador é investido no momento da celebração do contrato.¹³¹

Quanto à defesa da teoria contratualista no direito estrangeiro vale citar P.R. MARTINEZ em Portugal, o qual fundamenta o poder de direção do empregador no contrato de trabalho, previsto no art. 128, nº 1,¹³² em conjunto com o art. 97 do

¹²⁹ DELGADO, *Curso...* op. cit., p. 172.

¹³⁰ MAGANO, *Do Poder...* op. cit., p. 51-52.

¹³¹ MAGANO, *Do Poder...* op. cit., p. 53-54.

¹³² Art. 128, 1, Código de Trabalho Português: "Deveres do trabalhador 1 - Sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve: a) Respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa, com urbanidade e probidade; b) Comparecer ao serviço com assiduidade e pontualidade; c) Realizar o trabalho com zelo e diligência; d) Participar de modo diligente em ações de formação profissional que lhe sejam proporcionadas pelo empregador; e) Cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias; f) Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios; g) Velar pela conservação e boa utilização de bens relacionados com o trabalho que lhe forem confiados pelo empregador; h) Promover ou executar os atos tendentes à melhoria da produtividade da empresa; i) Cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho, nomeadamente por intermédio dos representantes dos trabalhadores eleitos para esse fim; j) Cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que decorram de lei ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho". PORTUGAL. Lei nº 7 de 2009. Código de Trabalho Português. *Diário da República*, Lisboa, nº 30/2009, Série 1 de 12 fev. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34546475/view>. Acesso em: 17 set. 2020.

Código de Trabalho português.¹³³ L. M. T. M. LEITÃO, da mesma forma, fundamenta o poder de direção no contrato de trabalho, nos ditames do art. 400¹³⁴ do Código Civil Português.¹³⁵

e) Teoria do interesse

Para a teoria do interesse, o poder diretivo é resultado do interesse que o empregador tem de organizar, disciplinar e controlar o trabalho do empregado, a quem remunera. Tal poder é destinado ao cumprimento dos fins do estabelecimento.¹³⁶

f) Teoria patrimonial-contratual e institucional-comunitária

No direito francês, J. JAVILLIER aponta o surgimento de duas teorias: a teoria patrimonial-contratual e a teoria institucional-comunitária. Para a primeira os fundamentos do poder diretivo seriam dois: o direito de propriedade e o contrato, elementos que formariam uma dupla inseparável, possibilitando o controle jurídico dos bens da empresa e uma dominação das pessoas e dos trabalhadores. O direito de propriedade, com origem na apropriação privada dos meios de produção, justificaria os poderes de direção econômica da empresa pelo empregador.

Por seu turno, o contrato de trabalho permite explicar o exercício do poder diretivo sobre as pessoas. É o contrato que confere ao empregador a autoridade necessária para assegurar a prestação de trabalho. De acordo com essa concepção patrimonial e contratual, as limitações devem ser buscadas na aplicação da teoria de abuso de direito.

¹³³ Art. 97 do Código de Trabalho Português: "Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem". Idem.

¹³⁴ Art. 400 do Código Civil Português: "1. A determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes ou a terceiro; em qualquer dos casos deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados". PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344. Código Civil. *Diário do Governo*, Lisboa, nº 274/1966, Série 1, de 25 nov. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202009171824/73747564/diploma/indice>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹³⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 645.

¹³⁶ NASCIMENTO e NASCIMENTO, Iniciação... op. cit., p. 247.

No entanto, J. JAVILLIER faz a ressalva de que a aplicação dessa teoria subjetiva no direito do trabalho não seria a mais adequada, pois, enquanto o abuso não fosse comprovado, o juiz não teria a faculdade de restringir e controlar o poder patronal.¹³⁷ Ademais, a aplicação dessa teoria deságua em um sistema sancionador inadequado, de reparação por equivalência (*par équivalent*). Em outras palavras, tal sistema, em vez de respeitar os direitos dos trabalhadores, buscaria, na verdade, salvaguardar os poderes discricionários do empregador.¹³⁸

Neste momento, faz-se essencial uma breve análise do instituto do abuso de direito. Apenas previsto de forma implícita no Código Civil de 1916,¹³⁹ foi com base no Código Civil de 2002 que o abuso de direito foi expressamente previsto no 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”.

Pela leitura do artigo, percebemos que o legislador optou por conceber o abuso de direito como uma forma de ato ilícito. No entanto, essa escolha contraria a doutrina mais moderna¹⁴⁰, que confere ao instituto do abuso de direito um papel autônomo na ciência jurídica. Isso porque considerar o abuso do direito como ato ilícito resulta em condicionar sua repressão a um aspecto culposo e, portanto, relacionado com a ilicitude. Alternativamente, a doutrina mais recente desassocia o abuso de direito ao ato ilícito, possibilitando que sua aferição se dê de forma objetiva, sem, portanto, a necessidade da culpa.¹⁴¹

¹³⁷ “*Tant que cet abus ne sera pas prouvé, le juge n’aura pas la faculté de restreindre, en le contrôlant, le pouvoir patronal.*” GROUDEL, H. *apud* JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du Travail*. Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1978. p. 192.

¹³⁸ JAVILLIER, *Droit...* op. cit., p. 192.

¹³⁹ Art. 100, Código Civil Brasileiro de 1916: “Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”.

¹⁴⁰ Assinalam MACHADO, Costa e CHINELLATO, Silmara Juny a existência de duas teorias sobre o instituto do abuso de direito: a teoria subjetiva, também conhecida como teoria da emulação, que tem como requisito para a responsabilização do agente a intenção em lesionar outrem e a teoria objetiva, a qual possibilita a responsabilização do agente independente do quesito culpa, desde que cause o dano. In *Código Civil...* op. cit., p. 277.

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 346.

Nesse sentido encontra-se o Enunciado nº 37 da CJF: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.¹⁴²

No entanto, conforme já citado, a observação de J. JAVILLIER reside na inadequação da sanção proveniente do abuso do direito. De acordo com Serpa Lopes:

“por duas maneiras o abuso de direito é sancionado pela ordem jurídica: de um modo geral, o ressarcimento por perdas e danos; de um modo especial, e quando possível e adequado, mediante a supressão ou anulação do fato ou ato abusivo, restabelecendo-se o status quo ante”.¹⁴³

Acreditamos, da mesma forma que J. JAVILLIER, que a sanção baseada no princípio de reparação por equivalência não é a mais satisfatória quando aplicado de forma direta à relação empregatícia. Isso porque o instituto do abuso do direito e sua forma de sancionamento são projetados para corrigir situações prejudiciais a agentes que se encontram em um mesmo patamar na relação jurídica, o que não ocorre no âmbito empregado-empregador.

Retornando ao tema anterior, PAUL DURAND propôs outra forma de analisar a teoria que fundamentaria o poder diretivo. Baseando-se na doutrina alemã, sugeriu a análise em termos institucionais e comunitários da empresa. De acordo com essa teoria, deve-se rejeitar a noção individualista da contratação e focar o caráter pessoal das relações de trabalho.

Para isso, seria necessária uma nova definição de empresa, baseada em três premissas: a primeira seria a classificação da empresa como uma sociedade hierárquica, ou seja, os atores sociais da relação laboral não se encontram em um plano de igualdade e nem dispõem dos mesmos poderes; na segunda, deve-se considerar que os trabalhadores não possuem um papel puramente passivo, pois ele estaria atrelado à organização da empresa e, nesse contexto, a necessidade de estabelecer interações entre o empregador e os empregados ficaria a cargo do

¹⁴² Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698#:~:text=A%20responsabilidade%20civil%20decorrente%20do,somente%20no%20crit%C3%A9rio%20objetivo%2Dfinal%C3%ADstico>. Acesso: 03 nov. 2020.

¹⁴³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, v.1, p. 479 apud ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições... op. cit., p. 363

direito do trabalho moderno; frise-se que, mesmo nessas condições, o empregado não é detentor do direito de decisão, reiterando a primeira premissa de empresa como sociedade hierárquica; e a terceira diz respeito ao dever da empresa de assegurar o bem comum, e os empregados e os empregadores fariam parte de um mesmo organismo, possuindo interesses solidários.¹⁴⁴

As consequências dessa teoria atingem tanto o empregador quanto os empregados. No que diz respeito ao empregador, a teoria alega que os poderes envolvidos consistem em prerrogativas inerentes à qualidade de empregador, não sendo imprescindível para sua existência o reconhecimento expresso dado pelo ordenamento jurídico. No tocante aos empregados, a teoria institucional e comunitária apresentaria uma reaproximação entre os empregados do setor público e da função pública e os do setor privado. Tratar-se-ia de uma evolução, pois os empregados, por não poderem ser desligados em uma justa causa, poderiam falar até em “propriedade do emprego”.

J. JAVILLIER critica as duas teses supracitadas. De forma geral, o autor afirma que tanto a tese patrimonial-contratual como a institucional-comunitária objetivaram permitir uma limitação aos poderes exercidos pelo empregador. No entanto, nem uma nem outra trouxeram instrumentos à jurisprudência que a ela possibilitasse exercer um controle real do exercício desses poderes. Na verdade, ambas acabam por justificá-los mediante objetivo-propósito que lhes foi atribuído.

Em específico, a teoria patrimonial-contratual, que busca a limitação do poder do empregador por meio da aplicação da teoria do abuso de direito, não é muito eficaz. Já a teoria institucional-comunitária, apesar de possibilitar um controle mais eficaz dos poderes do empregador, deve considerar que o direito positivo, ou seja, tanto a lei quanto a jurisprudência, não estabeleceu um sistema de sanção adequado. Ao analisar a jurisprudência francesa, J. JAVILLIER afirma que indiscutivelmente a teoria mais utilizada em sua maioria é a patrimonial-contratual. No entanto, faz uma ressalva de que é possível perceber uma espécie de raciocínio do tipo institucional em certos casos, como o direito à greve.¹⁴⁵

¹⁴⁴ JAVILLIER, *Droit...* op. cit., p. 193.

¹⁴⁵ JAVILLIER, *Droit...* op. cit., p. 196.

Parece-nos que a corrente que melhor fundamenta o poder diretivo é a teoria contratual, principalmente em virtude da noção ampla de contrato, o que permite e facilita a inclusão de diversas formas de relação de emprego. Contudo, é essencial apontar que apenas a teoria contratual não nos parece suficiente para justificar o âmbito coletivo presente nas relações empregatícias. Vale lembrar que, a despeito de as relações de emprego serem regidas em grande parte pelo direito privado, torna-se inegável o reconhecimento de intensas intervenções estatais e de órgãos coletivos obreiros (sindicatos de empregados, por exemplo) que não são características do direito contratual.

1.6. DIMENSÕES DO PODER DIRETIVO E LIMITAÇÕES AO PODER DE CONTROLE

1.6.1. Dimensões do poder diretivo

Do ponto de vista doutrinário, são diversas as formas de segmentar o poder diretivo. A divisão adotada por maior parte da doutrina é a tripartite, afirmando que o poder de direção pode vir a se manifestar de três formas:¹⁴⁶ (i) poder de organização; (ii) poder de controle; e (iii) poder disciplinar.¹⁴⁷

Entretanto, parte da doutrina reconhece apenas duas dimensões – diretiva e disciplinar – como modalidades específicas do poder diretivo. Os poderes de controle e o regulamentar são vistos como manifestações conexas ou extensivas do poder diretivo.¹⁴⁸

M. G. DELGADO e A. A. BELMONTE apresentam similar divisão quadripartite do poder diretivo (*lato sensu*):¹⁴⁹ (i) poder diretivo, organizativo ou organizacional; (ii) poder regulamentar; (iii) poder disciplinar e (iv) poder fiscalizatório, de controle ou

¹⁴⁶ De forma análoga, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão apresenta uma divisão tripartite dos poderes do empregador: poder de direção, poder regulamentar e poder disciplinar em LEITÃO, *Direito...* op. cit., p. 313-320.

¹⁴⁷ Cf. NASCIMENTO e NASCIMENTO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 717; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito...* op. cit., p. 233-236.

¹⁴⁸ DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 791-792.

¹⁴⁹ Certa divergência quanto aos epítetos utilizados pelos autores não prejudica, para os fins dessa pesquisa, a similaridade do instituto.

de fiscalização.¹⁵⁰ O primeiro consiste no conjunto de prerrogativas relacionadas à organização da estrutura e do espaço intraempresarial, com a inclusão do processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa.¹⁵¹ Em outras palavras, consiste na “prerrogativa de definir os fins visados pela atividade escolhida, determinar a estrutura jurídica a ser adotada, instituir cargos, distribuir tarefas e traçar diretrizes, métodos e metas destinadas ao alcance dos fins escolhidos”.¹⁵²

A rigor, o poder diretivo concentra-se na figura do empregador. Essa referida concentração, reflexo da democratização da sociedade política e do próprio poder dentro da empresa, vem sendo dirimida. Porém, tal fenômeno é ainda tímido, e por vezes, objeto de retrocessos.¹⁵³

Por seu turno, o poder regulamentar diz respeito à prerrogativa do empregador de elaborar regras gerais e específicas quanto ao funcionamento da empresa, como avisos, ordens diretas e regulamentos.¹⁵⁴

Já o poder disciplinar garante ao empregador a possibilidade de aplicação, sem intervenção judicial ou mesmo de órgãos de caráter administrativo, de sanções, desde que haja descumprimento de obrigações contratuais pelo empregado.¹⁵⁵ Vale ressaltar que existe corrente doutrinária no sentido da negação da existência do poder disciplinar.¹⁵⁶

Por fim, têm-se a dimensão do poder mais relevante para este estudo, que consiste no poder de controle ou fiscalização. Ou seja, o empregador detém a prerrogativa de fiscalizar a execução das tarefas de acordo com “diretrizes, métodos, metas e fins estabelecidos no contrato de trabalho”.¹⁵⁷

Para M. G. DELGADO, o poder de controle, também conhecido como fiscalizatório, consiste no conjunto de prerrogativas voltadas ao acompanhamento

¹⁵⁰ DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 791. BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 60.

¹⁵¹ DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 792.

¹⁵² BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p. 60-61.

¹⁵³ Nesse sentido, as consequências trazidas pela Lei nº 13.467/17, ponto que será abordado futuramente.

¹⁵⁴ BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p. 61.

¹⁵⁵ BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p. 61.

¹⁵⁶ MAIOR, *Curso de Direito...* op. cit., p. 130.

¹⁵⁷ BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p. 61.

constante da prestação laboral, além da vigilância exercida no espaço interno da empresa.¹⁵⁸

1.6.2. Limitação ao poder de controle

M. D. ROMÁN deixa claro que, para uma reflexão jurídico-laboral sobre os poderes do empregador, a mera resposta às clássicas indagações só se justifica quando dizem respeito a alterações técnicas ou normativas. Conforme já dito, para que o estudo do tema seja completo, deve-se incluir na análise descritiva dos sujeitos e do objeto (inclusive seus requisitos e limites) uma dimensão prescritiva.

Essa dimensão teria como objetivo qualificar as formas de exercício de poder de direção, levando-se em conta os elementos que tipificam e definem o próprio modelo de relação laboral. É necessário também estudar até que ponto há ou não concordância entre o modelo jurídico e a realidade, ou seja, entre a conformação jurídica sobre o poder diretivo e seu caminhar nos centros de trabalho.

No que diz respeito à limitação do poder do empregador no direito estrangeiro, R. SANSEVERINO aponta uma tendência do direito italiano: tornar o trabalhador detentor de direitos especiais e objetivar a organização técnica e administrativa da empresa, limitando-se, para isso, a discricionariedade do empregador (incluindo, mas não se restringindo à unilateralidade da regulamentação interna da empresa).¹⁵⁹

Leciona a autora que, de modo geral, ao falar de limitações à subordinação e do seu correspondente (poder do empregador) devem ser resguardadas as garantias objetiva e subjetivamente salvaguardadas ao trabalhador, incluindo-se as liberdades constitucionalmente garantidas no âmbito sindical, político e religioso.¹⁶⁰

Para analisar, mais a fundo, as limitações aos poderes do empregador, partimos do pressuposto de que liberdades fundamentais podem ser objeto de lesão em relações entre particulares.

No caso específico da relação laboral, os direitos do trabalhador podem ser lesados em decorrência do exercício do poder diretivo, em diversos momentos do

¹⁵⁸ DELGADO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 794.

¹⁵⁹ SANSEVERINO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 200.

¹⁶⁰ SANSEVERINO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 203.

contrato. Por isso, são de fundamental relevância as cláusulas estabelecidas no contrato de trabalho ou posteriormente nele incluídas as regras previstas no ordenamento interno da empresa ou as diretrizes emanadas no exercício do poder diretivo *stricto sensu*, entre outros.¹⁶¹

Nesse sentido, o art. 2.087 do *Codici Civile* italiano estabelece: “O empregador é obrigado a adotar no exercício da empresa medidas que, segundo a particularidade do trabalho, a experiência e a técnica, se façam necessárias para salvaguardar a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores.”¹⁶² [tradução nossa].

Veja que o artigo supracitado não apenas prevê a proibição de o empregador lesionar direitos do trabalhador, como também o obriga a adotar medidas necessárias à proteção da integridade física e moral deste.

No âmbito específico das limitações ao poder de controle, podemos analisar restrições genéricas ou específicas. No que se refere às últimas, no direito italiano, o *Statuto dei Lavoratori* (Lei nº 300, de 20 de maio de 1970) prevê, por exemplo, a proibição do uso de aparelhos audiovisuais com a finalidade de controlar a atividade do trabalhador a distância.¹⁶³ Cita-se também a proibição, prevista no *Statuto*, de o empregador designar guardas de segurança para acessar o local em que a prestação de serviço ocorra durante o curso desta, exceto em situações excepcionais.¹⁶⁴

Ademais, prevê-se a vedação das revistas pessoais como regra, com exceção nos casos em que ela é indispensável à proteção do patrimônio da

¹⁶¹ SANSEVERINO, *Curso de Direito...* op. cit., p. 205-206.

¹⁶² Art. 2.087 do *Codici Civile*: “L'imprenditore e tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”.

¹⁶³ Art. 4, *Statuto de Lavoratori*: “Impianti audiovisivi. 1. È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (...)”. “Sistemas audiovisuais. 1. É proibida a utilização de sistemas audiovisuais e outros equipamentos com a finalidade de controlar a distância a atividade dos trabalhadores.” [tradução nossa]. ITALIA. *Statuto dei lavoratori* 2020. Il testo aggiornato della legge 300/1970. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori>. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁶⁴ Art. 2, *Statuto de Lavoratori*: “Guardie giurate. (...) È fatto divieto al datore di lavoro di adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie di cui al primo comma, le quali non possono accedere nei locali dove si svolge tale attività, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti ai compiti di cui al primo comma (...)”. “Seguranças. (...) O empregador é proibido de supervisionar os guardas referidos no primeiro parágrafo, que não têm acesso às instalações, exceto excepcionalmente por exigências específicas relacionadas às tarefas referidas no primeiro parágrafo.” [tradução nossa]. Ibid.

empresa, à qualidade dos instrumentos de trabalho ou à matéria-prima do produto.¹⁶⁵ E, nos casos de indispensabilidade da revista pessoal, essa deve ser feita atendendo a certos critérios: somente na saída do local de trabalho, respeitando a dignidade e a privacidade do obreiro, entre outros.¹⁶⁶

Outro ponto relevante sobre as revistas pessoais na Itália consiste na previsão de que os procedimentos devem ser acordados pelo empregador com os representantes sindicais e, na falta desses, com comissão interna.¹⁶⁷ Tal previsão é de extrema importância, pois tem como um dos objetivos diminuir a vulnerabilidade do obreiro, no caso de os procedimentos serem impostos unilateralmente ou mediante acordo individual.

Especificamente na esfera laboral nacional, vale citar que também há proibição expressa de revistas de caráter íntimo realizadas em trabalhadoras na empresa, presente no art. 373-A¹⁶⁸, VI, da CLT (incluído pela Lei nº 9.799). Nesse contexto encontra-se o art. 1º da Lei nº 13.271.¹⁶⁹

¹⁶⁵Art. 6, *Statuto de Lavoratori*. “*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 (...).*” “Revista pessoal de fiscalização: os controles pessoais dos trabalhadores são proibidos, exceto quando forem indispensáveis à proteção do patrimônio da empresa, em relação à qualidade dos instrumentos de trabalho ou matéria-prima ou produtos.” [tradução nossa]. *Ibid.*

¹⁶⁶ Art. 6, *Statuto de Lavoratori*: “*Visite personali di controllo: (...) 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. (...).*” “Revista pessoal de fiscalização: Nesses casos as revistas pessoais podem ser realizadas sob a condição de serem feitas no momento da saída do local de trabalho, salvaguardando a dignidade e intimidade do trabalhador, e com a aplicação de sistemas de seleção automática referentes à coletividade ou ao grupo de trabalhadores.” [tradução nossa]. *Ibid.*

¹⁶⁷ Art. 6, *Statuto dei Lavoratori*: “*Visite personali di controllo: (...) 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. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'ispettorato del lavoro.*” “Revistas Pessoais de fiscalização: Nas hipóteses em que as revistas pessoais sejam realizadas e respeitadas as condições estabelecidas no segundo parágrafo desse artigo, aquelas relativas à modalidade devem ser acordadas entre o empregador e os representantes sindicais da empresa e, na falta desses, com a comissão interna. Na falta de acordo, a pedido do empregador, ter-se-á o inspetor do trabalho.” [tradução nossa]. *Ibid.*

¹⁶⁸ Art. 373-A, CLT: “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. (...) BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452... op. cit.

¹⁶⁹ Art. 1º da Lei nº 13.271: “As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino”. BRASIL. Lei nº 13.271 de 15 de abril de 2016. Dispõe sobre a

No entanto, no direito nacional, não se encontram comumente diretrizes específicas quanto à limitação ao poder fiscalizatório. Em detrimento dessa realidade, os juristas utilizam-se dos princípios e das regras gerais do direito¹⁷⁰, como a proteção à dignidade humana prevista no art. 1º, inciso III¹⁷¹, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Outro artigo que obtém especial relevância é o 5º do referido diploma. De acordo com o que consta no *caput*, garante-se constitucionalmente o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Ademais, cita-se a garantia prevista no inciso III do mesmo artigo, que reza que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante.¹⁷²

Nesse sentido, analisaremos no próximo capítulo um dos principais limitadores ao poder de controle do empregador: o direito da personalidade, em especial o direito à privacidade.

proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 abr. 2016, p. 1, col. 1.

¹⁷⁰ DELGADO, *Curso de Direito ...* op. cit., p. 795.

¹⁷¹ Art. 1º, CF: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)". BRASIL. Constituição Federal (1988).

¹⁷² Art. 5º, CF: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...)". Ibid.

2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1. ASPECTOS PRELIMINARES

Segundo D. L. DE CAMPOS, a própria descoberta do “eu”, visto como categoria que engloba a alma e o corpo de forma indissociável – pessoa –, é recente no pensamento ocidental.¹⁷³

“Pessoa” advém de *persona*, máscara utilizada pelos artistas no teatro romano com a função de caracterizar os personagens. Em outras palavras, pessoa pode ser visto como algo que é atribuído ao homem e o “veste” socialmente, projetando-o no seio da sociedade.

Nesse sentido, afirma C. M. DA S. PEREIRA, apoiado em Clóvis Bevilacqua, que as ideias de pessoa e personalidade se apresentam intimamente relacionadas, pois a personalidade exprime a aptidão genérica para aquisição de direitos e contração de deveres.¹⁷⁴

A previsão legal da pessoa reside nos arts. 1º e 2º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Todavia, não somente o ser humano é detentor de personalidade. O conceito de pessoa desdobra-se em duas posições: a material, ínsita ao homem – e, por extensão, à pessoa a nascer– e a formal, mediante a qual o ordenamento jurídico atribui a assunção de obrigações e a imputação de atos ou fatos aptos à aquisição de direitos. Nesta estaria contida a pessoa jurídica, pois trata-se de uma construção jurídico-normativa à qual foram atribuídos determinados direitos, mas que não resulta de uma realidade psicofísica.¹⁷⁵

M. REALE define personalidade como “a capacidade¹⁷⁶ *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de

¹⁷³ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. 2. ed. Coimbra: Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995. p. 9.

¹⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 181.

¹⁷⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de Pessoa no Direito brasileiro. In MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Civil -Parte Geral: Pessoas e Domicílio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. III, p. 55-81. p. 56.

¹⁷⁶ Seguindo o mesmo conceito fornecido por M. REALE, adotamos neste estudo “capacidade” como uma extensão do exercício da personalidade.

cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade”.¹⁷⁷ S. J. CHINELLATO, por sua vez, afirma que a personalidade seria a substância, ou essência (*quid*), enquanto a capacidade seria um *quantum*.¹⁷⁸

Nesse sentido, os direitos da personalidade, desdobramento da definição e reconhecimento da pessoa consistem em uma construção teórica extremamente recente,¹⁷⁹ justificando a necessidade de normatização sobre o reconhecimento e a proteção jurídica à pessoa, fornecidos pelo direito e pela política.

Apesar de ser possível encontrar, em períodos antigos, manifestações isoladas – diretas ou indiretas – de medidas de proteção da personalidade individual, estas, no entanto, não fazem parte de uma sistemática como os direitos da personalidade são conhecidos atualmente.¹⁸⁰

De acordo com GALÁN GUTIÉRREZ:

A consciência – consciência ôntica e ética do homem como personalidade – é algo desconhecido no mundo antigo greco-romano. A Antiguidade e, sobretudo, os gregos viram a essência do homem, o que podemos chamar de *humanitas*, no ser político. O sentimento de personalidade e a estima de seu valor moral, a consciência que o homem ocidental tem sobre seu próprio ser como um fim em si mesmo, como um centro autônomo de intimidade e vida (...) foi algo ignorado pelo homem antigo, mas constitui a marca com que o homem moderno protege todas as criações espirituais.¹⁸¹ [tradução nossa].

¹⁷⁷ REALE, *Lições...* op. cit., p. 231-232.

¹⁷⁸ CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil Interpretado* – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 13. ed. Barueri: Manole, 2020. p. 105.

¹⁷⁹ Nesse mesmo sentido, BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 18.

¹⁸⁰ A título de exemplo, cita-se a *actio iniuriarum* utilizada na jurisprudência clássica romana. Nesse sentido, Cf. TOBENAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952. p. 9; FERNANDES, Milton. Os direitos da Personalidade. In BARROS Hamilton de Moraes et al. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984. p. 131 e 132; LEWICK, Bruno. *A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 37-38.

¹⁸¹ GUTIÉRREZ, Galán. Los conceptos de Estado y Nación como categorías de la Ciencia política y del Derecho Internacional *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, jul./ago. 1952, p. 68 *apud* TOBENAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 9-10. “La conciencia – conciencia ôntica y ética del hombre como personalidad, es algo desconocido en el mundo antiguo greco-romano. La antigüedad, y sobre todo los griegos, vieron la esencia del hombre, lo que pudiéramos llamar de *humanitas*, en el ser político (...). El sentimiento de la personalidad y la estimación de su valor moral, la conciencia que el hombre occidental tiene acerca de su propio ser como un fin en sí mismo, como un centro autónomo de intimidad y de vida (...) fue algo ignorado por el hombre antiguo, pero constituye el sello con que el hombre moderno sigila todas las creaciones espirituales.”

D. L. DE CAMPOS reforça que a necessidade dessas disposições normativas ocorreu de modo mais intenso a partir da Segunda Guerra Mundial, com o escopo de proteger o indivíduo dos órgãos estatais de um exercício arbitrário de poder.¹⁸²

Para C. A. BITTAR, o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade encontra fundamento em três fatores principais: (i) cristianismo, que teria consolidado o ideal de dignidade da pessoa humana; (ii) escola naturalista, que teria sustentado o arquétipo de direitos inatos ao homem, preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, por fim, (iii) os pensadores iluministas que tiveram papel fundamental na valorização do indivíduo frente ao Estado.¹⁸³

Nessa lógica, ressaltando o papel do cristianismo na definição de pessoa e tendo como consequência o próprio reconhecimento dos direitos da personalidade, afirma D. L. DE CAMPOS:

A pessoa deve ao cristianismo a sua «base metafísica» que garante a passagem da noção da pessoa-membro-da-sociedade revestida de um «estado» social, à noção de pessoa-humana, não-social (radicalmente)(...).¹⁸⁴

A «questão» da pessoa humana surgiu só com o cristianismo, em que foi colocada no centro das preocupações a nível filosófico, ético, jurídico e social.¹⁸⁵

Nessa mesma toada, J. CASTAN TOBENÁS:

O Cristianismo concebeu a base moral indestrutível sobre a qual se ergueu o reconhecimento dos direitos de personalidade individual. Segundo Luño Peña, o Cristianismo representa e constitui a mais solene proclamação dos direitos da personalidade humana, através da ideia de uma verdadeira fraternidade universal que implica a igualdade de direitos e a inviolabilidade da pessoa com todas as suas prerrogativas, individuais e sociais.¹⁸⁶ [tradução nossa].

¹⁸² Cf. também AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 354 e PAVELSKI, Ana Paula. *Os Direitos de Personalidade do Empregado*: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. Curitiba: Juruá, 2009. p. 125.

¹⁸³ BITTAR, *Os direitos...* op. cit., p. 19.

¹⁸⁴ CAMPOS, *Lições de Direitos...* op. cit., p. 12.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁸⁶ TOBENÁS, *Los Derechos...* op. cit., p. 10. “*El Cristianismo sentó la base moral indestructible sobre la que ha de alzarse el reconocimiento de los derechos de personalidad individual. Como dice Luño Peña, «el Cristianismo representa y constituye la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana, mediante la idea de una verdadera fraternidad universal que implica la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas, individuales e sociales».*”.

O autor ainda afirma que, dentro da época medieval, era reconhecido, apesar de forma implícita, que o sustentáculo do Direito consistiria no homem e não no Estado – ou qualquer outra entidade. Nesse período, a concepção jurídica fundava-se na consideração do Direito como uma ordenação total da vida, não sofrendo, a princípio, de uma necessidade em dar destaque aos direitos naturais da pessoa.

Por sua vez F. AMARAL, ao reforçar o argumento de que escola naturalista teria a construção teórica dos direitos da personalidade, leciona:

São manifestações da influência do jusracionalismo no direito moderno o processo de racionalização e sistematização do direito, de que resultaram os códigos e constituições dos séculos XVIII e XIX, e, ainda, a preocupação com a justiça e a igualdade material, o reconhecimento de princípios suprapositivos, o conceito e a defesa dos direitos fundamentais, o desenvolvimento da responsabilidade civil, a fundamentação de um direito geral de personalidade (...).¹⁸⁷

Sobretudo com o advento do Renascimento, notou-se a utilidade de afirmar a independência da pessoa e a intangibilidade dos direitos humanos, resultando no aparecimento de construções jurídicas que esteavam esse ideal.¹⁸⁸

F. M DE MATTIA afirma que a elaboração da teoria dos direitos da personalidade pode ainda ser entendida como resultado do domínio exercido pelo Estado sobre o indivíduo.¹⁸⁹ Não é sem razão, portanto, que grande parte desses direitos compõe as declarações constitucionais, protegendo o cidadão das arbitrariedades do Estado. Para o autor, a Carta de São Francisco, de 1948, mais comumente conhecida como Carta das Nações Unidas, consiste na consagração em nível internacional dos direitos da personalidade.¹⁹⁰

No mesmo seguimento, A.M. CORDEIRO afirma ser inegável a natureza histórica, cultural e cientificamente condicionada da configuração dos direitos da personalidade.¹⁹¹ A dogmatização desses direitos teria sido alcançada pela

¹⁸⁷ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 96.

¹⁸⁸ TOBEÑAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 10-11.

¹⁸⁹ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 56, p. 247-266, out./dez. 1977, p. 148.

¹⁹⁰ FRANÇA, R. Limongi. Direitos da Personalidade – Coordenadas Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Civil Parte Geral: Pessoas e Domicílios – Aspectos Gerais, Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas e Domicílio*. São Paulo: RT, 2011. v. 3, cap. 35. p. 654.

¹⁹¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil IV, Parte Geral: Pessoas*. 4 ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 46.

pandectística, em meados do século XIX, e, para tal vertente os direitos da personalidade consistiriam em um dado historicamente existencial.¹⁹² O autor enfatiza que os direitos de personalidade se desenvolveram apoiados na prática e na necessidade de “dar corpo aos vetores humanistas”.¹⁹³

Entretanto, até hoje é possível apontar dificuldades que orbitam em torno dos direitos da personalidade. Primeiro, a questão está relacionada com as discordâncias doutrinárias sobre a existência, natureza, extensão e especificação desses direitos.¹⁹⁴ Nesse teor, afirma J. C. TOBEÑAS que se deve notar que a elaboração dessa teoria é ainda imperfeita e reina uma grande disparidade de opiniões no que tange aos caracteres, ao conteúdo e mesmo à admissão dessa classe de direitos.¹⁹⁵

Segundo, há o óbice de a construção teórica desses direitos ser relativamente nova. Salienta-se a falta de uma conceituação global. Por fim, há ainda o questionamento a respeito de os direitos da personalidade serem analisados sob diferentes enfoques, ou pelo direito público, ou pelo privado, o que implicaria diferentes feições e disciplinações.¹⁹⁶

2.2. CONCEITO E OBJETO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Em face da pluralidade de denominações propostas para designar esse conjunto de direitos, optamos por aquela adotada por grande parte dos autores:¹⁹⁷ direitos da personalidade. No entanto, é sabível que existem divergências doutrinárias a esse respeito.¹⁹⁸

¹⁹² CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 52.

¹⁹³ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 54.

¹⁹⁴ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 2.

¹⁹⁵ TOBEÑAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 12. “(...) pero se ha de notar que la elaboración doctrinal de esta teoría es todavía muy imperfecta, y reina gran disparidad de opiniones en cuanto los caracteres, contenido y admisión misma de esta clase de derechos”. Mas deve-se notar que a elaboração doutrinária dessa teoria ainda é imperfeita e reina grande disparidade de opiniões quanto às características, conteúdo e próprio reconhecimento dessa classe de direitos. [tradução nossa].

¹⁹⁶ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 2.

¹⁹⁷ Entre os doutrinadores que fazem parte dessa corrente encontram-se R. Limongi França, C. A. Bittar, Orosimbo Nonato da Silva, entre outros.

¹⁹⁸ A título de exemplo, A. DE CUPIS e A. TRABUCCHI utilizam a nomenclatura “direitos essenciais”.

R. LIMONGI FRANÇA define os direitos da personalidade como “faculdades jurídicas” que possuem como objeto os aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.¹⁹⁹

Para C. A. BITTAR, são considerados direitos da personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana quando tomada em si mesma e em sua projeção na sociedade. Esses direitos estariam previstos no ordenamento normativo, no intuito de defender valores inatos ao homem. A título de exemplo: a vida, a higidez física, a honra, a intimidade, entre outros.²⁰⁰

Já para A. M. CORDEIRO, os direitos da personalidade representam “posições jurídicas” protegidas pelo direito objetivo e possuem uma característica particular: aludem, de forma direta, à pessoa tutelada. Em outras palavras, os direitos da personalidade envolvem direitos dirigidos ao próprio titular.²⁰¹

Segundo F. AMARAL, os direitos da personalidade consistem em “situações jurídicas” existenciais que possuem como objeto bens e valores essenciais da pessoa, de natureza física, intelectual e moral.²⁰²

De acordo com o referido autor, tais direitos ou situações jurídicas confeririam ao seu titular o poder de defender bens ou valores indispensáveis à personalidade: no aspecto físico, seria o direito à vida e ao próprio corpo; no que tange à esfera intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; no âmbito moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à identidade, à imagem; além do direito de exigir que terceiros respeitem esses referidos direitos.²⁰³

Para A. DE CUPIS, a personalidade, a qual ele também denomina como “capacidade jurídica”, tem como essência uma qualidade jurídica resultado de um direito positivo. A personalidade não seria advinda de qualquer realidade ou natureza, e sim produto do direito positivo. Não por outro motivo, o ordenamento jurídico teria um papel fundamental na atribuição da personalidade.²⁰⁴

¹⁹⁹ FRANÇA, *Direitos da Personalidade...* op. cit., p. 654.

²⁰⁰ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 1.

²⁰¹ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 45.

²⁰² AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 353.

²⁰³ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 353.

²⁰⁴ CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. p. 13-14.

Do mesmo modo, deveriam ser tidos, *grosso modo*, como direitos da personalidade os direitos que tenham como objetivo dar conteúdo à personalidade. Não obstante, a linguagem jurídica realizaria um corte, considerando como direitos da personalidade apenas aqueles sem os quais a personalidade estaria privada de todo valor concreto. No caso os direitos da personalidade seriam aqueles que, ausentes, fariam todos os outros direitos subjetivos perderem função para o indivíduo. São também chamados de “direitos essenciais” e consistem na própria medula da personalidade.²⁰⁵

Nesse mesmo sentido, A. TRABUCCHI salienta: (...) devemos acrescentar que cada indivíduo, como tal, goza em concreto de certos direitos, chamados essenciais, que visam garantir as razões fundamentais da vida e do desenvolvimento, físico e moral, da própria existência (...).²⁰⁶ [tradução nossa].

Todavia, A. DE CUPIS não descarta a possibilidade de que esses “direitos essenciais” passem por alterações com o decorrer do tempo. Isso porque o meio social detém certa “sensibilidade” no que concerne à essencialidade dos direitos. Logo, a mudança da consciência moral e da forma de analisar o indivíduo dentro da sociedade implicaria alteração de quais seriam os direitos tidos como essenciais.²⁰⁷

No caso do ordenamento brasileiro, a atribuição da personalidade encontra-se no art. 2º do Código Civil e tem sua gênese com o nascimento com vida, ressalvado os direitos do nascituro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Da mesma forma, a atribuição da personalidade no ordenamento português também ocorre com o nascimento com vida.²⁰⁸

O dispositivo legal germânico que trata do referido assunto com uma considerável divergência prevê, em razão do nascimento com vida, o instituto da capacidade:²⁰⁹ De acordo com § 1º do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB): “Die

²⁰⁵ CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 17-18.

²⁰⁶ TRABUCCHI, *Istituzioni...* op. cit., p. 94. “(...) dobbiamo aggiungere che ogni individuo, in quanto tale, gode in concreto di alcuni diritti, chiamati essenziali, che mirano a garantire le ragioni fondamentali della vita e dello sviluppo, fisico e morale, della propria esistenza(...)”.

²⁰⁷ CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 18.

²⁰⁸ Art. 66, 1, do Código Civil Português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”. Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 26.

Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt: A capacidade jurídica do homem começa com o nascimento.²¹⁰

Quanto à natureza dos direitos da personalidade, tem-se uma cisão dicotômica entre os doutrinadores. De um lado, há os que afirmam que os direitos da personalidade têm sua origem com posituação dentro do sistema normativo. Ou seja, só podem ser vistos como direitos da personalidade aqueles previamente reconhecidos pelo Estado, que lhes concedeu força jurídica. Para essa vertente, portanto, não seria possível admitir a existência de direitos inatos, baseados em exigências morais. Tais doutrinadores são comumente conhecidos como “positivistas”.²¹¹

F. C. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, integra esse grupo, afirmando que tais direitos não podem ser vistos mediante uma suposta imposição por uma ordem sobrenatural ou natural aos sistemas jurídicos. Para o autor, o fenômeno evolutivo, tendo como consequência o surgimento de uma pressão política, fez com que os sistemas jurídicos proporcionassem suportes fáticos para a tutela desses direitos.²¹²

A. DE CUPIS, um dos principais expoentes dessa vertente, critica o argumento de que os direitos seriam inatos ao ser humano, com o intuito de protegê-los, pois essa construção argumentativa baseou-se em uma reação ao superpoder que o Estado exercia.²¹³

Em contraposição à lógica de que só seriam vistos como direitos da personalidade aqueles previamente positivados, (já reconhecidos pelo ordenamento jurídico), tem-se o segundo grupo. Os doutrinadores desse ramo, como R. LIMONGI FRANÇA, afirmam que, a despeito de consistir a lei na norma fundamental, é reconhecida a existência de normas outras, complementares. Tais doutrinadores são conhecidos como “naturalistas”.

²¹⁰ É importante frisar que os autores portugueses optaram por traduzir ‘*Rechtsfähigkeit*’ por personalidade, ao invés de capacidade civil. Porém, acredita-se que a tradução mais adequada seria “capacidade civil” em razão do problema jurídico relacionado à personalidade pré-natal. Nessa linha, VASCONCELOS, *Direitos...* op. cit.

²¹¹ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 7.

²¹² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. v. 7. p. 7.

²¹³ CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 18-19.

De acordo com R. LIMONGI FRANÇA, existem “faculdades jurídicas” que, a despeito de não estarem previstas no ordenamento jurídico, podem vir a ensejar sanções, as quais estariam fundamentadas na estratificação do direito consuetudinário ou nas conclusões da Ciência Jurídica.

Para essa vertente, no caso dos direitos da personalidade existiriam outros que, apesar de ainda não positivados, são reconhecidos pelo costume e pelo direito científico. A título de exemplo, mencionam-se o direito ao nome, à imagem e o direito moral do escritor. Essa vertente apresenta como argumento primeiro dos direitos da personalidade o Direito Natural.²¹⁴

Seguindo o mesmo raciocínio, C. A. BITTAR afirma que não se pode reduzir o direito ao ordenamento positivado. O autor não nega, mediante a norma positivada, ocorre a mais relevante forma de expressão dos direitos da personalidade. Contudo, considerá-los somente ante as das normas seria reputar o Estado como exclusivo identificador e definidor de direitos. Seguindo a escola naturalista, não é atribuição do Estado a concessão de direitos, mas, sim, o reconhecimento deles.²¹⁵

No que diz respeito ao ordenamento positivado, é imprescindível citar o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.²¹⁶

De acordo com o dispositivo, é possível depreender que a norma prevê casos em que o magistrado levará em conta outros critérios a fim de embasar sua decisão, como a analogia, costumes e princípios gerais. O próprio ordenamento reconhece que existirão situações fáticas que não encontrarão respectiva previsão legal.

A título de eximir dúvidas, o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil²¹⁷ declarou que os direitos da personalidade devem ser vistos de maneira não

²¹⁴ FRANÇA, Direitos da Personalidade... op. cit., p. 656.

²¹⁵ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 8.

²¹⁶ Vale ressaltar que o Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, teve sua redação alterada em 2010, modificando o termo “Lei de Introdução ao Código Civil” para “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”. BRASIL. Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942, Seção 1, p. 13635.

²¹⁷ Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da

exaustiva pelo Código Civil, possibilitando, assim, o surgimento e reconhecimento de outros direitos. Utiliza como fundamento para a tutela dos direitos da personalidade a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantida pelo art.1º, III da CF.²¹⁸

Filiamo-nos à vertente para a qual os direitos da personalidade previamente regulados pelo Estado possuem caráter não taxativo, não sendo suficientes para abarcar as diversas situações possíveis, ainda mais sendo a realidade algo rapidamente mutável. Ademais, vale frisar o previsto no § 2º do artigo 5º da CF, o qual estabelece que os direitos e garantias ali positivados não excluem outros, sejam decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, sejam de tratados internacionais.²¹⁹

No que diz respeito ao objeto dos direitos de personalidade, DE CUPIS aponta duas características principais nele presentes: (i) é orgânico, uma vez que apresenta profundo nexos com a pessoa, e (ii) identifica-se com bens de maior valor que estejam sujeitos ao domínio jurídico. Ou seja, o objeto desses direitos não se encontraria exterior ao sujeito. Tal “não exterioridade” não equivale a uma identidade e nem deve ser vista como tal, pois o modo de ser da pessoa não deve ser confundido com a própria.²²⁰ Para o autor, os bens que são objeto dos direitos da personalidade satisfazem não apenas necessidades de ordem física, mas também moral, tampouco todas subsistem para as pessoas jurídicas. Isso se justifica pelo próprio substrato natural que diferencia as pessoas físicas das jurídicas.²²¹

Em outras palavras, o objeto dos direitos da personalidade é um modo de ser físico ou moral da pessoa, não sendo possível vislumbrar, *prima facie*, a utilidade de ordem econômica.²²²

ponderação.” Disponível em: <https://www.cif.jus.br/enunciados/enunciado/219>, Acesso em: 11 set. 2020.

²¹⁸ Art. 1º, CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento(…)”

III - a dignidade da pessoa humana;(…)” BRASIL. Constituição Federal (1988).

²¹⁹ CF, Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ibid.

²²⁰ CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 22-23.

²²¹ CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 26-27.

²²² CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 29.

Por seu turno, F. AMARAL afirma que o objeto dos direitos da personalidade consiste em um “conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual”. Nesse sentido, a pessoa consiste no sujeito titular da situação jurídica ao mesmo tempo que é o próprio ponto de referência objetiva da tutela estabelecida pelo direito.²²³

De acordo com J. C. TOBEÑAS, o objeto dos direitos da personalidade está relacionado com os bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, sejam estas físicas, sejam morais, individualizadas pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, o objeto não se encontra nem na pessoa titular do direito, nem nas demais pessoas vinculadas a uma obrigação passiva universal (concepção que levaria a uma confusão entre os direitos absolutos e os relativos).²²⁴

De acordo com C. A. BITTAR, tal aceção – de que o objeto dos direitos da personalidade se situa nos bens constituídos por certos atributos ou qualidades físicas ou morais do homem, que, além de apresentarem um caráter dogmático, são individualizados pelo ordenamento jurídico – é a mais comumente adotada, principalmente em países como a Itália, a França, a Espanha, Portugal e o Brasil.²²⁵

2.3. CARACTERES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O art. 11 do Código Civil brasileiro reconhece aos direitos da personalidade, em regra, os caracteres da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade, proibindo-se que o exercício desses direitos seja limitado voluntariamente, a não ser em casos previstos em lei: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.²²⁶

Nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA afirma que a intransmissibilidade desses direitos é resultado da infungibilidade da pessoa e produção da irradiação de efeitos próprios. Tal característica não deve ser confundida com a intransmissibilidade do direito de uso, de usufruto e de habitação. Ou seja, se toda

²²³ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 356.

²²⁴ TOBEÑAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 18.

²²⁵ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 5.

²²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1.

transmissão tem como pressuposto que uma pessoa se coloque no lugar da outra, caso haja a possibilidade de haver transmissão, o direito em apreço não poderia ser de personalidade.²²⁷

Para F. AMARAL, as características dos direitos da personalidade estão relacionadas pelo fato de eles serem (i) essenciais, inatos e permanentes, pois, na ausência destes, não seria possível a configuração da personalidade; (ii) personalíssimos – são intransmissíveis, inseparáveis do titular e inerentes a pessoa; (iii) absolutos, com eficácia *erga omnes*;²²⁸ (iv) indisponíveis, pois ao titular não são permitidas a alienação, limitação ou mesmo renúncia desses direitos;²²⁹ (v) imprescritíveis – não estão submetidos a um prazo para que se dê seu exercício; e (vi) extrapatrimoniais²³⁰ – não podem ser pecuniariamente avaliados.²³¹

Na visão de A. TRABUCCHI, os direitos da personalidade careceriam de natureza patrimonial, sendo absolutos *erga omnes*. Da mesma forma, seriam reconhecidos pelo caráter inalienável, intransmissível e irrenunciável.²³²

Para A. DE CUPIS, os direitos da personalidade são direitos privados, ou seja, integram a *utilitas* privada, porque satisfazem aspirações e necessidade próprias do indivíduo considerado em si mesmo.²³³

Além disso, seriam direitos não patrimoniais absolutos, baseados na ideia de “generalidade”. Ou seja, todos os indivíduos na generalidade são destinatários das normas de direito objetivo das quais resultam os direitos da personalidade. Todos estariam, assim, subordinados à obrigação jurídica de não lesar os direitos de personalidade de outrem.²³⁴

²²⁷ MIRANDA, *Tratado...* op. cit., p. 7.

²²⁸ O autor ressalta que se admitem direitos da personalidade relativos. A título de exemplo, cita os direitos subjetivos públicos, os quais possibilitam que seja exigida do Estado determinada proteção.

²²⁹ O autor afirma que a indisponibilidade não é absoluta, pois permite-se que haja acordo que tenha por objeto direitos da personalidade. Exemplos: cessão do direito de imagem para publicidade, corte e venda de cabelos, entre outros.

²³⁰ Excluindo-se, de acordo com o autor, os direitos de autor e de propriedade industrial que possuem regime próprio.

²³¹ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 355-356.

²³² TRABUCCHI, *Istituzioni...* op. cit., p. 95.

²³³ CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 27.

²³⁴ CUPIS, *Os Direitos...* op. cit., p. 30.

Alternativamente, O. N. SILVA apresenta como elementos caracterizadores dos direitos da personalidade pelo fato de serem intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis.²³⁵

A. TORRENTE e P. SCHLESINGER afirmam sobre as características dos direitos da personalidade:

Tradicionalmente se afirma que os direitos da personalidade são definidos:

- a) pelo caráter necessário, pois competem a todas as pessoas físicas, que os adquirem no momento do nascimento e os perdem somente com a morte;²³⁶
- b) pelo caráter imprescritível, já que a sua não utilização prolongada não determina sua extinção (...);
- c) pelo caráter absoluto, pois – de um lado – implicam de modo imediato a todos um dever geral de se absterem de lesar o interesse resguardado por tais direitos e – de outro lado – são tutelados *erga omnes*, isto é, contra quem os contesta ou os prejudica;
- d) pelo caráter não patrimonial, pois tutelam valores da pessoa que não são suscetíveis de avaliação econômica.
- e) pelo caráter indisponível, pois são irrenunciáveis, embora se admita cada vez mais a possibilidade de consentir sua utilização por outrem, a título gratuito ou mesmo oneroso.²³⁷ [tradução nossa].

No que diz respeito ao caráter absoluto como elemento caracterizador dos direitos da personalidade, A. M. CORDEIRO apresenta três acepções. De acordo com a primeira, os direitos da personalidade seriam absolutos, pois tratar-se-ia de um direito oponível *erga omnes*, ao contrário dos direitos relativos, oponíveis apenas *inter partes*. No entanto, seguindo tal lógica, não seria possível afirmar o caráter

²³⁵ SILVA, Orosimbo Nonato da. Personalidade, In: SANTOS, J. M. De Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. XXXVII, p. 70.

²³⁶ No caso brasileiro, vale ressaltar que os direitos da personalidade do nascituro estão resguardados no art. 2º do Código Civil Brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

²³⁷ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 20. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2017. p.127-128: “*Tradizionalmente si afferma che i diritti della personalità sono connotati dai caratteri:*

a) *della necessità, in quanto competono a tutte le persone fisiche, che li acquistano al momento della nascita e li perdono solo con la morte;*
b) *della imprescrittibilità, in quanto il non uso prolungato non ne determina l'estinzione (...);*
c) *della assolutezza, in quanto – da un lato – implicano, in capo a tutti i consociati, un generale dovere di astensione dal ledere l'interesse presidiato da detti diritti e – da altro lato – sono tutelabili erga omnes, cioè nei confronti di chiunque li contesti o li pregiudichi;*
d) *della non patrimonialità, in quanto tutelano valori della persona non suscettibili di valutazione economica;*
e) *della indisponibilità, in quanto non sono rinunziabili, seppure si ammetta con sempre maggiore larghezza la possibilità di consentirne l'uso ad altri, a titolo gratuito od anche oneroso (...)*”.

absoluto dos direitos da personalidade. Para tanto, o autor cita a distinção apresentada por Pierre Kayser, que os dividiu da seguinte forma: de um lado, direitos da personalidade que podem ser comparados a direitos reais (direito ao corpo ou ao nome) e, de outro, direitos comparáveis a direitos de crédito (respeito pela vida privada ou direito de resposta). A essa divisão dá-se valor uma vez que os direitos de personalidade se diferenciam pela especificidade do objeto, ou seja, pelo bem de personalidade, em vez de serem distinguidos pela forma de efetivação.²³⁸

A segunda aceção é essencialmente estrutural. Os direitos da personalidade seriam absolutos, pois não postulariam relações jurídicas. Porém, o autor ressalva que existem certos direitos da personalidade de caráter relativo, exigindo-se, para sua concretização, que ocorram situações de pedido/cumprimento.

Por fim, a terceira aceção adotada pelo autor determina que não importam o modo de efetivação ou a estrutura dos direitos de personalidade, devendo estes ser por todos observados.²³⁹ Tais direitos, como todos os outros direitos subjetivos, estariam envolvidos por uma espécie de tutela aquiliana, baseada no art. 483.º/1 do Código Civil Português. É por isso que o autor considera os direitos da personalidade absolutos.

A. M. CORDEIRO refuta a afirmação de que os direitos da personalidade seriam, em sua totalidade, não patrimoniais. Para tanto, propõe a seguinte distinção tripartite:

- (i) Direitos da personalidade não patrimoniais em sentido forte: a estes, de forma alguma, é permitido pelo Direito a permutabilidade por dinheiro. A título de exemplo cita-se o direito à vida, à saúde e à integridade corporal.
- (ii) Direitos da personalidade não patrimoniais em sentido fraco: ou seja, estes direitos, via de regra, não podem ser abdicados em razão de pecúnia, porém, admitem-se situações em que sejam objeto de

²³⁸ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 100-101.

²³⁹ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 100-101.

negócios patrimoniais. Como exemplo, o direito à vida ou à integridade física, desde que não sejam irreversivelmente afetados.

- (iii) Direitos da personalidade patrimoniais: estes podem ser avaliáveis em dinheiro e negociados, como o nome e o produto da atividade intelectual. No entanto, apesar de poderem ser medidos através do dinheiro, possuem regime específico, o que mantém a natureza desses direitos como da personalidade.²⁴⁰

Nesses termos, o autor não acredita que os direitos da personalidade estariam essencialmente em uma esfera *extra commercium*. Como exemplo cita o art. 81.º/1 do Código Civil Português, que prevê a possibilidade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, desde que não atinjam a ordem pública:

Artigo 81.º do Código Civil Português:

(Limitação voluntária dos direitos de personalidade).

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.

2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.²⁴¹

Nesse sentido, o art. 79.º/1 faz menção à comercialização (“lançado no comércio”) de um retrato, desdobramento do direito à imagem.²⁴²

C. A. BITTAR afirma que, em detrimento da expansão tecnológica, do interesse negocial e da posição de titular, alguns direitos da personalidade foram introduzidos na esfera de circulação jurídica. Admite-se a disponibilidade de certos direitos à medida que facilita e promove o melhor aproveitamento deles por parte do seu titular. No entanto, frisa-se que tal ocorrência não afeta os caracteres intrínsecos dos direitos da personalidade.²⁴³

²⁴⁰ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 112-113.

²⁴¹ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit.

²⁴² Art. 79.º/3 do Código Civil Português: “3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”.

²⁴³ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 12.

Os direitos autorais são exemplos de direitos da personalidade que comportariam certo “temperamento”, para que o próprio titular do direito tenha seus interesses mais bem atendidos.²⁴⁴

A. M. CORDEIRO apresenta como característica dos direitos da personalidade a “dupla inerência”. Em outras palavras, além de ser impossível a transmissibilidade da posição ativa nos direitos de personalidade, estes são indissociáveis do seu objeto, não podendo, portanto, substituí-lo por outro. Conclui-se que essa díade e indissociável associação dos direitos da personalidade com o próprio objeto é elemento característico dos direitos estudados.²⁴⁵

Em uma das classificações propostas, R. LIMONGI FRANÇA distingue os direitos da personalidade sob o critério da extensão: existiriam os direitos *stricto sensu*, ou seja, um direito geral e único da pessoa sobre si própria e os direitos *lato sensu*, além do primeiro, respeitando igualmente seus aspectos, prolongamentos e projeções.²⁴⁶ Essa distinção tem seu propósito justificado no exato momento em que se questiona se o direito da personalidade seria único, ou se seriam vários.²⁴⁷

Tal questão é frequentemente discutida, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial; seja em nível nacional, seja internacional.

De acordo com C. M. DA SILVA PEREIRA: “Finalmente, uma palavra sobre os direitos da personalidade. Não constitui esta ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações”.²⁴⁸

Nessa medida, afirma D. L. DE CAMPOS que o direito geral de personalidade é reconhecido pela doutrina alemã desde, pelo menos, a primeira metade do século XIX. O direito à personalidade era então visto como o direito da pessoa a ser o seu próprio fim, afirmando-se e desenvolvendo-se como fim em si mesma.²⁴⁹

²⁴⁴ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 12.

²⁴⁵ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 115-116.

²⁴⁶ FRANÇA, *Direitos da Personalidade...* op. cit., p. 661.

²⁴⁷ FRANÇA, *Direitos da Personalidade...* op. cit., p. 662.

²⁴⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1. p. 157.

²⁴⁹ CAMPOS, *Lições de Direitos...* op. cit., p. 49.

Já os direitos especificados seriam nada mais do que manifestações incompletas e empobrecidas do direito geral de personalidade. Nesse estariam englobados tanto o domínio sobre o próprio corpo quanto as faculdades espirituais, liberdade de se deslocar no espaço e de escolha da religião e do domicílio.²⁵⁰

É corrente a ideia de que um dos doutrinadores que apresentou maior resistência ao reconhecimento de um direito geral de personalidade foi F. C. VON SAVIGNY. Isso ocorreu porque, para este autor, o reconhecimento de um direito ao indivíduo sobre si mesmo poderia desdobrar-se em uma legitimação do suicídio.²⁵¹

Na realidade, F. C. VON SAVIGNY repudiava a ideia, muito mais ampla, de existirem direitos subjetivos que possuíssem como objeto a própria pessoa do titular. Em outras palavras, o autor rejeitava a existência de direitos sobre a respectiva pessoa.²⁵²

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade estão constitucionalmente protegidos, de forma geral, no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), o qual se refere à dignidade da pessoa humana: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

Esse artigo orienta e legitima o sistema jurídico de tutela dos direitos da personalidade. Nesse sentido, a pessoa humana é ao mesmo tempo o fundamento e o fim do Estado, da sociedade e do próprio direito.²⁵³ Ou seja, mediante o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamenta-se um direito geral da personalidade, que a reconhece como o bem objeto de uma tutela jurídica geral. E, com base nesse, desenvolver-se-iam os direitos especiais da personalidade.²⁵⁴

Não se pode deixar de fazer um paralelo entre a legislação brasileira e a portuguesa. Em ambas é possível encontrar a previsão de uma cláusula geral, assim chamado o dispositivo que justifica a tutela dos bens da personalidade.

²⁵⁰ CAMPOS, *Lições de Direitos...* op. cit., p. 49.

²⁵¹ CAMPOS, *Lições de Direitos...* op. cit., p. 50.

²⁵² VASCONCELOS, *Direitos...* op. cit., p. 25-26.

²⁵³ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 353.

²⁵⁴ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 356-357.

No caso lusitano, a previsão da existência de um direito geral de personalidade encontra-se no art. 70 do Código Civil Português:

Tutela Geral da Personalidade

1- A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2- Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.²⁵⁵

De acordo com o artigo supracitado, percebe-se que não se reconhece a tutela geral da personalidade de forma ilimitada ou mesmo isolada. Segundo R. V. A. C. SOUSA, o dispositivo constitui em um mero integrante – a despeito de ser um dos mais importantes – do “*puzzle*” no qual consiste o ordenamento jurídico.²⁵⁶

No direito brasileiro tem-se a tutela dos direitos da personalidade tanto mediante as cláusulas gerais, constitucionalizadas, quanto mediante a previsão expressa de alguns direitos espalhadas em diversos outros diplomas normativos, como o Código Civil, o qual dedica o capítulo II, que resulta do art. 11 até 21, aos direitos da personalidade, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1988, a qual legisla sobre os direitos autorais.²⁵⁷

Nesse mesmo sentido, P. P. DE VASCONCELOS afirma que foi o ordenamento alemão que instituiu um sistema em que há a coexistência de um direito geral de personalidade com vários outros “direitos especiais de personalidade”.

De acordo com o autor, no BGB não havia previsão de um direito geral de personalidade. Na verdade, no tocante aos direitos da personalidade, havia apenas

²⁵⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344. Código Civil... op. cit.

²⁵⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 33.

²⁵⁷ Antes regulado pela Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, revogada pela atual Lei nº 9.610/98.

o § 12²⁵⁸, que se refere ao direito ao nome, e o § 823,²⁵⁹ que trata da responsabilidade civil emergente da lesão – seja dolosa, seja negligente – da vida, do corpo, da saúde, da liberdade, da propriedade ou de outro direito de uma pessoa. Isto é, havia tão somente a tipificação dos direitos à vida, à integridade física, à liberdade e ao nome.²⁶⁰

Durante o período pós-guerra, ocorreu em tal diploma a consagração da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade. Com isso, houve a instauração, no direito alemão, de um sistema dual: existe um direito geral de personalidade e há a tipificação de alguns direitos especiais de personalidade.²⁶¹

Nesse sentido, F. RIGAUX aponta quatro principais causas para o crescente aumento de interesse no que diz respeito aos direitos da personalidade: (i) o desenvolvimento de técnicas de reprodução da imagem, interceptação e gravação das comunicações verbais, das formas de espionagem a distância e da utilização da informática; (ii) o surgimento de uma sociedade de massa, na qual a vida privada resta mais ameaçada pelos meios de comunicação em massa, com grande apelo à reprodução da imagem; (iii) a inserção de atributos da personalidade dentro de uma esfera patrimonial;²⁶² e (iv) a perda da adesão de valores tradicionais pelas sociedades de massa contemporânea.

²⁵⁸“*Namensrecht Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.*” “Direito ao nome. Caso o direito ao nome seja disputado por outra pessoa, ou se o interesse da pessoa interessada for ofendido pelo uso do mesmo nome por outra pessoa, aquela pode exigir que o outro retire a violação. Se outras violações puderem ocorrer, a pessoa interessada poderá requerer uma medida proibitiva.” [tradução nossa]. ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 01 out. 2020.

²⁵⁹ “*Schadensersatzpflicht (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.*” “Responsabilidade por danos. (1) A pessoa que, intencionalmente ou por negligência, viole ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade ou a propriedade ou direitos de outra pessoa, é obrigada a compensar a outra pelo dano resultante; (2) A mesma obrigação se aplica àquele que viola um estatuto que se destina a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo do estatuto, uma violação é possível mesmo sem culpa, então a responsabilidade pela compensação só ocorre no caso de falha.” [tradução nossa]. Idem.

²⁶⁰ VASCONCELOS, *Direitos...* op. cit., p. 61.

²⁶¹ VASCONCELOS, *Direitos...* op. cit., p. 62.

²⁶² Nesse contexto, o autor aponta a distinção realizada pela jurisprudência americana entre *right of privacy* e *right of publicity*. Um indivíduo por exercer um domínio sobre seus atributos da

O direito geral de personalidade teve como função preencher os hiatos já existentes na tutela da personalidade ao mesmo tempo que previne que outras lesões futuras restem sem proteção. Nesse sentido, o direito geral da personalidade é visto, dentro do sistema germânico, como um *Quellrecht* [= direito fonte] ou *Rahmenrecht* [= direito quadro], do qual vão derivar outros direitos, assim chamados especiais, de acordo com a necessidade.²⁶³

Contudo, assim como os demais, o direito geral de personalidade também é objeto de restrições. Nesse sentido, R. V. A. C. SOUSA propõe uma série de limites, intrínsecos e extrínsecos, de existência e validade ao direito geral de personalidade. As restrições relacionadas à própria predeterminação de aplicação do referido direito consistiriam nos limites intrínsecos, enquanto outras previsões normativas e suas consequências agiriam como limites extrínsecos ao direito geral de personalidade.

Entre os limites intrínsecos do direito geral de personalidade, encontrar-se-iam não só os derivados da própria ontologia da personalidade humana senão os gerados da especificidade da função jurídica e do argumento axiológico-normativo contido no referido art. 70 do Código Civil português. Depreende-se daí que nem todos os elementos ou expressões da personalidade física ou moral serão tutelados, excluindo-se, por exemplo, sentimentos negativos, ressentimentos, entre outros.²⁶⁴

Configuram-se como limites intrínsecos, além da extensão do objeto sobre o qual o direito incide, as formas de poderes e deveres jurídicos que compõem seu conteúdo e a própria função do direito geral de personalidade (aspecto socioeconômico).²⁶⁵

Como fatores limitadores extrínsecos do direito geral de personalidade, o autor cita o contrato – quando for possível, nos limites da lei, que o titular o estabeleça e aceite que este seja objeto dele –, as consequências de relações

personalidade consente que outrem por esses obtenha lucro. Ou seja, "right of publicity, *en vertu duquel le sujet peut transférer à autrui un droit à l'exploitation patrimoniale des attributs de sa personnalité.*" "Right of publicity, em virtude do qual o sujeito pode transferir a outro o direito à exploração patrimonial dos atributos de sua personalidade." [tradução nossa]. RIGAUX, *La liberté...* op. cit.

²⁶³ VASCONCELOS, *Direitos...* op. cit., p. 62.

²⁶⁴ SOUSA, *O Direito...* op. cit., p. 516-517.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 518.

intersubjetivas de direitos de outras pessoas, os próprios deveres jurídicos do titular²⁶⁶ (não resultantes de direitos subjetivos alheios) e os princípios da boa-fé²⁶⁷ e dos bons costumes.²⁶⁸

2.4. CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Uma classificação proposta por R. LIMONGI FRANÇA utiliza como critério os aspectos fundamentais da personalidade, resultando na seguinte fragmentação: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral.²⁶⁹ Estes ainda se subdividem em conformidade com dois critérios: o da faixa vital e o da validade.²⁷⁰

O direito à integridade física estaria relacionado com a proteção jurídica à vida e ao corpo, seja em sua totalidade, seja em relação a órgãos, tecidos e partes do corpo humano passíveis de separação e individualização. Não se deve esquecer que se incluem aqui os direitos atinentes ao corpo, mesmo que sem vida. De forma concomitante, relaciona-se, nesse âmbito, o direito que o indivíduo possui de escolher se aceita submeter-se, ou não, a determinado tratamento ou exame médico.²⁷¹

²⁶⁶ Como o dever de defesa da Pátria (art. 276, nº 1, da Constituição Portuguesa): "1. A defesa da Pátria é direito e dever fundamental de todos os portugueses (...)".

²⁶⁷ O instituto da boa-fé tratado pelo autor é visto sob seu caráter objetivo, compreendido como um princípio normativo, e não como estado de espírito.

²⁶⁸ SOUSA, *O Direito...* op. cit., p. 522-532.

²⁶⁹ Da mesma forma AMARAL, *Direito Civil...* op. cit.

²⁷⁰ FRANÇA, *Direitos da Personalidade...* op. cit., p. 661.

²⁷¹ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 365.

Dentro do direito à integridade física, estariam abarcados o direito à vida,²⁷² o direito ao corpo vivo,²⁷³ e o direito ao corpo morto.²⁷⁴ Para F. AMARAL o Código Civil tutela tais direitos, de modo geral, com base nos artigos 13 e 15.²⁷⁵

No direito à integridade intelectual encontram-se o direito à liberdade de pensamento, o direito de autor, o direito de inventor, o direito de esportista e o direito ao esportista participante de espetáculo público.

Nesse âmbito do direito à integridade intelectual, F. AMARAL realiza a distinção entre os direitos morais e os direitos patrimoniais do autor. Enquanto os direitos morais se referem prioritariamente ao direito de reivindicar a paternidade da obra, os direitos patrimoniais versam sobre a possibilidade de disposição e exploração da obra.²⁷⁶ Vale lembrar que há previsão legal dentro do ordenamento jurídico brasileiro que trata especificamente sobre os direitos autorais (Lei nº 9. 610, de 19 de fevereiro de 1998).

Na terceira esfera, a de direitos à integridade moral, estariam contidos os seguintes direitos: direito à liberdade civil e religiosa; direito à segurança moral; direito à honra; direito à honorificência; direito ao recato; direito à imagem; direito ao aspecto moral da estética humana; direito ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; direito à identidade pessoal, familiar e social; direito à identidade sexual; direito ao nome; direito ao título; direito ao pseudônimo; direito à alcunha; e, por fim, direito à intimidade.²⁷⁷

²⁷² Esse ainda estaria subdividido da seguinte forma: direito à concepção e à descendência; direito ao nascimento (aborto); direito ao leite materno; direito ao planejamento familiar; direito à proteção do menor; direito à alimentação; direito à habitação; direito à educação; direito ao trabalho; direito ao transporte adequado; direito à segurança física; direito ao aspecto físico da estética humana; direito à proteção médica e hospitalar; direito ao meio ambiente ecológico; direito ao sossego; direito ao lazer; direito ao desenvolvimento vocacional profissional; direito ao desenvolvimento vocacional artístico; direito à liberdade física; direito ao prolongamento artificial da vida; direito à reanimação; direito à velhice digna; e direitos relativos à questão da eutanásia.

²⁷³ Esse direito fragmenta-se nos seguintes direitos: direito ao espermatozoide e ao óvulo; direito ao uso do útero para a procriação alheia; direito ao exame médico; direito à transfusão de sangue; direito à alienação de sangue; direito ao transplante; direitos relativos a experiências científicas; direito ao transexualismo; direitos relativos à mudança artificial do sexo; direito ao débito conjugal; direito à liberdade física; direito ao "passe esportivo".

²⁷⁴ Esse direito fragmenta-se assim: direito ao sepulcro; direito à cremação; direito à utilização científica; direitos relativos ao transplante; e direito ao culto religioso.

²⁷⁵ Art. 13, Código Civil: "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

Art. 15, Código Civil: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

²⁷⁶ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 365.

²⁷⁷ FRANÇA, *Direitos da Personalidade...* op. cit., p. 662-664.

Nesse mesmo sentido, F. AMARAL classifica os direitos da personalidade utilizando como critério os pontos fundamentais que são objeto da tutela jurídica (físico, intelectual e moral), obtendo-se, assim, uma sistematização, semelhante à anterior, tríplice: (i) direito à integridade física, incluindo-se nesse âmbito a proteção jurídica à vida e ao próprio corpo; (ii) direito à integridade intelectual, protegendo o direito moral e patrimonial do autor; e (iii) direito à integridade moral, no qual se compreende a honra, liberdade, imagem, nome e intimidade.²⁷⁸

R. LIMONGI FRANÇA faz relevante ressalva, observando que os direitos contidos nessas três esferas não são estanques, ou seja, não são exclusivos do grupo em que inicialmente foram dispostos. Exemplo disso consiste no direito à imagem, que atinge o âmbito da integridade tanto física como moral.²⁷⁹

Já A. M. CORDEIRO apresenta uma distinção entre os direitos de personalidade necessários (por exemplo, o direito à vida, à integridade física e à moral) e os direitos de personalidade eventuais, que se baseiam na existência dos bens de personalidade. Essa distinção apresenta valor quanto ao ônus da prova. Aos direitos de personalidade necessários, basta apenas sua alegação. A respeito dos eventuais há a necessidade de não apenas invocá-los, senão provar a existência do bem tutelado.²⁸⁰

Outra classificação apresentada por A. M. CORDEIRO consiste na divisão tríplice dos bens de personalidade, a saber (i) Círculo biológico – integrando direitos relacionados à vida e à integridade física; (ii) Círculo moral – abrange a intocabilidade espiritual das pessoas; e, por fim, (iii) Círculo social – trata das relações entre o sujeito e seus pares (direito ao nome, à intimidade privada e à imagem).²⁸¹

Podem-se ainda classificar os direitos da personalidade, considerando o critério da limitabilidade. Existiriam os direitos da personalidade passíveis em determinadas situações, de limitações (como o direito à imagem) e os direitos não

²⁷⁸ AMARAL, *Direito Civil...* op. cit., p. 365.

²⁷⁹ FRANÇA, R. Limongi, *Direitos Privados da Personalidade*. STOCO, Rui, *Doutrinas Essenciais – Dano Moral – Teoria do Dano Moral e Direitos da Personalidade*. São Paulo: RT, 2015. v.1. p. 266.

²⁸⁰ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p.117-118.

²⁸¹ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 118.

limitáveis, aos quais o titular não pode, em circunstância alguma, renunciar (direito à vida).²⁸²

Importante diferenciação consiste no fracionamento dos direitos da personalidade patrimoniais e os não-patrimoniais. Ao titular dos primeiros seria facultado obter vantagens econômicas, enquanto os direitos não patrimoniais não poderiam ser comercializáveis. Via de regra, relacionam-se os direitos não patrimoniais àqueles contidos no “círculo biológico e moral”, enquanto os patrimoniais afetariam o “círculo social”.²⁸³

Por fim, é possível distinguir os direitos da personalidade em direitos nominados e inominados legalmente, utilizando o critério de previsão legal. Os primeiros podem ainda, caso tenham um regime consignado, ser classificados típicos, porém, apesar de grande maioria dos direitos da personalidade nominados serem típicos, como o direito ao nome, essa não é uma regra absoluta. O direito à vida e o direito à integridade física constituem exemplos de direitos típicos e inominados, pois não há referência legal pelo seu *nomen*.²⁸⁴

A. TORRENTE e P. SCHLESINGER segmentam os direitos da personalidade da seguinte forma: direito à vida (*diritto alla vita*), direito à saúde (*diritto alla salute*), direito ao nome (*diritto al nome*), direito à integridade moral (*diritto all'integrità morale*), direito à imagem (*diritto all'immagine*), direito à privacidade dos dados pessoais (*diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*) e direito à identidade pessoal (*diritto all'identità personale*).²⁸⁵

C. A. BITTAR apresenta ainda sua classificação dos direitos da personalidade distinguindo-os em três grandes categorias: a primeira consiste nos direitos físicos, componentes materiais da estrutura humana (integridade corporal); a segunda trata dos direitos psíquicos, referentes a elementos intrínsecos à personalidade, como a liberdade, a intimidade e o sigilo; por fim, a terceira é relativa aos direitos morais, na qual se associam os atributos valorativos da pessoa na sociedade, como a identidade, a honra e as manifestações do intelecto.²⁸⁶

²⁸² CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 119.

²⁸³ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit.

²⁸⁴ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 119.

²⁸⁵ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero, op. cit., p. 128-149.

²⁸⁶ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 17

Desse modo, apesar de reconhecer o labor classificatório e sua importância, BITTAR leciona que a melhor posição adotada deve ser a flexível, visto que a evolução do pensamento jurídico tem demonstrado que a categoria dos direitos da personalidade vem sendo alimentada com o reconhecimento pela doutrina e jurisprudência de outros direitos. Logo, a preferência pela posição flexível tornaria possível o acolhimento de novos direitos aceitos pela reflexão científica.²⁸⁷

Como reforço argumentativo, o autor cita o Anteprojeto de Código Civil desenvolvido por O. GOMES, no qual há, tanto uma lista exemplificativa quanto a ressalva de que outros direitos possam ser reconhecidos à pessoa humana:

Anteprojeto do Código Civil – Orlando Gomes:

Capítulo III – Dos Direitos da Personalidade

Art. 28. Direitos da Personalidade – O direito à vida, à liberdade, à honra, e outros reconhecidos à pessoa humana são inalienáveis e intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária (...).²⁸⁸

Alternativamente, A. TRABUCCHI realiza a distinção entre os direitos da personalidade inatos ou originários e os direitos da personalidade adquiridos. O primeiro grupo conteria os direitos cuja existência prescinde o reconhecimento jurídico. Nessa esfera, o direito objetivo teria como finalidade garantir a proteção desses direitos da forma mais abrangente, motivando, assim, os movimentos políticos a influenciar vividamente as legislações para que essa finalidade fosse atingida.

Já o segundo grupo estaria relacionado com os direitos que foram adquiridos em seguida, como o direito ao nome ou o direito ao *status* de cônjuge.²⁸⁹

O referido autor aponta, entre os direitos da personalidade, como os mais característicos: o direito à vida e a integridade física; o direito à honra e à integridade moral, *la riservatezza*; o direito à liberdade e à livre manifestação da própria atividade; e o direito ao nome e à razão social.²⁹⁰

²⁸⁷ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit.

²⁸⁸ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit.

²⁸⁹ TRABUCCHI, *Istituzioni...* op. cit., p. 94.

²⁹⁰ TRABUCCHI, *Istituzioni...* op. cit., p. 95-100.

2.5. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Conforme já dito, os direitos da personalidade, grupo do qual faz parte o direito à privacidade, não podem ser analisados fora da ótica de seu fundamento-base: o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale lembrar que tal princípio foi consagrado em posição de destaque pelo legislador como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito.²⁹¹

É possível observar ainda menções ao princípio da dignidade humana ao longo do texto constitucional, seja de forma explícita ou implícita. A título de exemplo, citam-se o art. 226, § 7º²⁹², e o art. 227, *caput*²⁹³, da CF.

Não por outra razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado nesta dissertação não só como um possível limitador ao poder do empregador²⁹⁴ (apesar de poder sê-lo), mas também como um princípio basilar da Carta Maior que, ademais, possui o papel de bússola a respectiva interpretação.

Por isso, no que diz respeito ao seu *status* jurídico-normativo, nos filiamos à corrente doutrinária majoritária, a qual considera a dignidade da pessoa humana como condição de princípio/valor jurídico-constitucional fundamental, e não apenas como direito ou garantia fundamental. Não seria por caso fortuito, portanto, que o constituinte tivesse optado por não prever tal princípio no Título I, “Dos princípios fundamentais”, na CF.²⁹⁵

No contexto internacional, uma série de países já possuía dispositivos constitucionais que se referiam à dignidade humana, muito antes da própria CF de

²⁹¹ Art. 1º, CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos(...) III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. Constituição Federal (1988)... op. cit.

²⁹² Art. 226, CF: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [grifo nossos]. BRASIL. Constituição Federal (1988). op. cit.

²⁹³ Art. 227, CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [grifo nossos]. BRASIL. Constituição Federal (1988). op. cit.

²⁹⁴ Como foi referido no capítulo 1 deste estudo.

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 79-80.

1988 ou mesmo antes da Declaração Universal da ONU, realizada em 1948. Nesse caminho seguem: Alemanha,²⁹⁶ Portugal,²⁹⁷ Itália,²⁹⁸ Espanha,²⁹⁹ entre outros.

Todavia, a despeito das previsões legais, é perceptível que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, como resultado das atrocidades durante esse período

²⁹⁶ Já havia previsão do princípio da dignidade humana no art. 151 da Constituição de Weimar (*Die Verfassung des Deutschen Reichs*) de 1919: “*Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen (...)*”. “O objetivo da ordem econômica deve estar em conformidade com os princípios da justiça com o objetivo de garantir uma existência digna a todos.” [tradução nossa]. Disponível em: https://www.iura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf. Acesso em: 01 out. 2020. Hoje a previsão se encontra na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), de 23 de maio de 1949, em seu art. 1: “(1) *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.* (2) *Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.* (3) *Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.*” “(1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. É dever de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento da comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os seguintes direitos fundamentais constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.” [tradução nossa]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. Acesso em: 01 out. 2020. Quanto a esse tema, apesar de concordamos que, na Constituição de Weimar, já havia previsão do princípio da dignidade da pessoa humana, no caso alemão foi apenas, com a Lei Fundamental da República da Alemanha que o princípio foi erigido expressamente como direito fundamental intimamente influenciado pelos crimes políticos praticados durante o Estado Nazista. Nesse sentido, SILVA, J. A. da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 39.

²⁹⁷ Segundo I. W. SARLET (SARLET, Dignidade... op. cit., p. 74) na Constituição Portuguesa de 1933 já havia menção ao princípio da dignidade humana no art. 6, nº 3: “Incumbe ao Estado: 3º Zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humana suficiente”. Disponível em : http://cadeiras.iscte-iul.pt/SDir/SDir_lk_Doc_ConstP_1933.pdf. Acesso em: 01 out. 2020. Hoje a previsão se encontra no art. 1º da Constituição da República Portuguesa de 1976: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 01 out. 2020.

²⁹⁸ Art. 3º, Constituição da República Italiana, de 1947: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione (...)*.” “Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção (...).” [tradução nossa]. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

²⁹⁹ Art. 10, 1, Constituição Espanhola de 1978: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos demais são o fundamento da ordem política e da paz social.” [tradução nossa]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 01 out. 2020.

ocorridas, foi reconhecida ao princípio da dignidade humana uma nova e mais importante roupagem.³⁰⁰

Nas palavras de F. K. COMPARATO: “Ao emergir da segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal dos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que qualquer época da História, o valor supremo da dignidade humana”.³⁰¹

Ainda na esfera do direito internacional, apesar de ter sido firmado, por meio da Declaração dos Direitos do Homem da ONU (1948), o princípio da dignidade humana como valor jurídico universal, já havia sua previsão expressa na Constituição da OIT, em 1946.³⁰²

I. W. SARLET já adverte sobre a dificuldade e até mesmo a impossibilidade de definir um significado e conteúdo da dignidade da pessoa humana. Tamanha complexidade é ainda atestada pelo autor, ao afirmar que seu próprio conceito é fruto de reconstrução, já tendo sido, portanto, alvo de alterações. Além do mais, apesar da dificuldade, o autor ressalva a imprescindibilidade da busca de uma definição aberta e razoavelmente objetiva da dignidade humana para fins de segurança e estabilidade jurídica.³⁰³

O autor define dignidade da pessoa humana como

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

³⁰⁰ Quanto a esse tema, de acordo com J. A. DA SILVA, no caso alemão foi apenas com Lei Fundamental da República da Alemanha que o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido expressamente como “direito fundamental expressamente estabelecido” em razão dos crimes políticos praticados durante regimes autoritários, no caso, o Estado Nazista. O mesmo raciocínio aplica-se ao caso português e espanhol. SILVA, *Comentário...* op. cit., p. 39.

³⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68.

³⁰² Constituição da OIT Anexo (Declaração da Filadélfia), II: “*Convaincue que l'expérience a pleinement démontré le bien-fondé de la déclaration contenue dans la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, et d'après laquelle une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale, la Conférence affirme que: (a) tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales.*”

“Convencida de que a experiência plenamente demonstrou a validade da declaração contida na Constituição da Organização do Trabalho, de que uma paz duradoura só pode ser estabelecida com base na justiça social, a Conferência afirma que: (a) todos os seres humanos, independentemente de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar seu progresso material e desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e dignidade, da segurança econômica e da paridade de oportunidades.”
[tradução nossa] Disponível em:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID,P62_LANG_CODE:2453907,fr:NO#declaration. Acesso: 02 de out. 2020.

³⁰³ SARLET, *Dignidade ...* op. cit., p. 48.

Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³⁰⁴

De acordo com I. W. SARLET, o constituinte optou por estabelecer os princípios fundamentais como normas que embasam toda a ordem constitucional, incluindo, frise-se, as normas que definem os direitos e garantias fundamentais.³⁰⁵

Neste momento, faz-se fundamental esclarecer a distinção entre os Direitos dos Homens, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. Parece-nos correta a afirmação de F. K. COMPARATO de que os Direitos Fundamentais consistem nos Direitos Humanos já reconhecidos pelas autoridades atribuídas de poder político, na esfera nacional ou internacional. Outra terminologia utilizada consiste na bifurcação entre direitos fundamentais típicos – já previstos em textos normativos – e atípicos – até então não declarados normativamente.

Importante ressalva faz o autor, ao observar que não é o fato de terem sido reconhecidos pelas autoridades competentes que os caracteriza como direitos humanos, pois é possível que privilégios gozados pela classe dominante (“falsos direitos humanos”) venham a ser inseridos em textos constitucionais ou convenções internacionais com a alcunha de direitos humanos. Por isso, torna-se fundamental a busca por melhor justificativa da vigência dos direitos humanos, para além do âmbito estatal.³⁰⁶

Para A. A. BELMONTE, os Direitos Fundamentais consistem nos direitos que asseguram a dignidade da pessoa humana, ou seja, tutelam qualidades essenciais indispensáveis para o desenvolvimento da autonomia espiritual e do progresso do ser humano no aspecto material.³⁰⁷ A CF deixa claro que essa classe de direitos tem como característica sua aplicabilidade imediata e prevê, além dos já existentes, o possível reconhecimento de outros.³⁰⁸

³⁰⁴ SARLET, *Dignidade ...* op. cit., p. 67-68.

³⁰⁵ SARLET, *Dignidade ...* op. cit., p. 73.

³⁰⁶ COMPARATO, Fábio. *A afirmação...* p. 71.

³⁰⁷ BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p. 29.

³⁰⁸ Respectivamente, Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

Via de regra, segmentam-se os direitos fundamentais em três dimensões, cada uma possuindo extrema relação com o regime estatal vigente. Os direitos de primeira geração são uma resposta aos abusos cometidos por regimes absolutistas e, por isso, têm como principal objetivo os direitos de liberdade ou direitos de defesa. Nesse âmbito, estão inclusos os direitos civis ou pessoais e os direitos políticos, também chamados de liberdades públicas.³⁰⁹ Nesse cenário a Constituição escrita surge como uma forma de limitar o poder do estado e garantir liberdades negativas dos indivíduos. As Constituições desse período são diretamente influenciadas pelo Estado Liberal, tendo o individualismo como característica. Nesse sentido, destacam-se a Constituição dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787 e a Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791, fruto da Revolução Francesa de 1789.³¹⁰

Com o surgimento do Estado Social na segunda metade do século XIX, percebeu-se, porém, que a proteção apenas de direitos individuais não é suficiente pois deixa de fora a questão social, intensificada com o desenvolvimento da indústria e o êxodo de camponeses para as cidades. T. LIMBERGER divide os direitos de segunda dimensão utilizando como critério a Segunda Guerra Mundial. O momento pré-guerra caracterizou-se pela preocupação social referente ao direito do trabalho, seguridade na vida econômica entre outros. Possui como principais expoentes a Constituição mexicana, de 5 de fevereiro de 1917, e a Constituição de Weimar, assinada em 11 de agosto de 1919.

As atrocidades ocasionadas pela Segunda Guerra resultaram na necessidade de uma nova estrutura às Constituições que tiveram como base a Constituição Italiana, de 22 de dezembro de 1947, a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, e a Constituição Francesa, de 4 de outubro de 1958 (V República).³¹¹

Nesse sentido, os direitos de segunda dimensão, além de procurarem diminuir os desarranjos provocados pelo liberalismo, tratam dos direitos do homem

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". BRASIL. Constituição Federal (1988). op. cit.

³⁰⁹ BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p. 30.

³¹⁰ LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática: a Necessidade de Proteção soa Dados Pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 29-30.

³¹¹ LIMBERGER, *O Direito...* op. cit., p. 30-31.

como integrante de uma coletividade, como direito à segurança, habitação, lazer, saúde, entre outros.³¹²

Deve ser ressaltado que, desde a segunda dimensão de direitos, se tornou possível a demanda pelos indivíduos ao Estado de ações concretas para a defesa de seus direitos. Em outras palavras, há o adicionamento ao aspecto negativo (não intervenção), característico dos direitos de primeira dimensão de um aspecto positivo (exigência de prestações concretas).³¹³

Por fim, os direitos de terceira dimensão propõem-se a tutelar direitos metaindividuais, coletivos e difusos, como o direito à paz, ao meio ambiente, entre outros.³¹⁴

No que diz respeito aos direitos do humanos e aos direitos da personalidade, C. A. BITTAR afirma que os primeiros, assim como os da personalidade, devem ser entendidos como aqueles que o ser humano possui em detrimento da própria condição, por se caracterizarem como direitos naturais e inatos, impostergáveis, inerentes à natureza livre do homem. Situando-se no grupo jusnaturalista, o autor leciona que a existência desses direitos (sejam os da personalidade, sejam os do homem) independe de positivação prévia no ordenamento jurídico.

Por outro lado, o autor segmenta os referidos direitos, utilizando como critério contra quem esse direito é defendido. De um lado, estariam os direitos protegidos de interferências estatais, denominados direitos do homem ou direitos fundamentais, como o direito à vida, à integridade física, à liberdade, ao direito de ação e às partes do corpo. Em suma, seriam os direitos físicos do homem, no que diz respeito à sua essencialidade material. De outro, estariam os direitos analisados pelo prisma das relações privadas, os direitos da personalidade, nos quais estariam inseridos os direitos à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação de pensamento, à reserva sobre a própria intimidade, ao segredo, ao direito moral do autor, entre outros. Em outras palavras, trata-se dos direitos referentes aos aspectos morais e intelectuais do indivíduo.³¹⁵

³¹² BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p.30

³¹³ LIMBERGER, *O Direito...* op. cit., p. 29-30.

³¹³ LIMBERGER, *O Direito...* op. cit., p. 30-31.

³¹⁴ BELMONTE, *O Monitoramento...* op. cit., p.30.

³¹⁵ Sobre o tema, abordamos com maior minúcia no capítulo 2.

O autor ainda menciona uma terceira categoria, chamada “liberdades públicas”, que consistiriam nos direitos já reconhecidos pelo Estado e, portanto, já introduzidos positivamente na ordem jurídica.³¹⁶

Em contraposição à vertente que afirma estarem os direitos da personalidade somente dentro da ótica de Direito Privado, tem-se a teoria de acordo com a qual seria impossível estabelecer uma visão privatística dos direitos de personalidade que os desassocie dos direitos do homem.³¹⁷

Nesse sentido, G. H. JABUR leciona que é equívoca a afirmação de que não há diferença entre os direitos humanos e os direitos da personalidade. Na realidade, podem ser atribuídos a ambos gênese e conteúdo semelhantes, sem esquecer que o campo dos direitos humanos é muito maior e, por isso, engloba os direitos da personalidade.³¹⁸ Em outras palavras, os direitos da personalidade são expressões - não propriamente um ramo - dos direitos humanos perante os particulares.³¹⁹

A. C. MORATO utiliza-se de um exemplo didático, a fim de delimitar as diferenças entre direitos fundamentais, direitos da personalidade e direitos humanos: o mesmo objeto – a pessoa humana e, no que couber, a pessoa jurídica – é examinado por três observadores (ramos do Direito) situados em ângulos distintos:

(...) o Direito Civil, mediante os direitos da personalidade, trataria da questão sob o âmbito privado, regulando as relações entre os particulares, enquanto o Direito Constitucional disciplinaria as relações entre a pessoa e o Estado, coibindo os abusos deste por meio das liberdades públicas e os Direitos humanos fariam parte do Direito Internacional Público, no qual os estados – entre si – exigiriam o respeito aos direitos da pessoa humana.³²⁰

Não se discute que a busca pelos fundamentos dos direitos do homem deva ser alvo de discussões. No entanto, N. BOBBIO nos adverte que o problema

³¹⁶ BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., p. 22-23.

³¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: RT, 1993. p. 29.

³¹⁸ O autor utiliza como exemplo de direitos fundamentais que não são direitos da personalidade: Direitos de Partidos Políticos (Art. 17, CF) e Direitos Políticos apenas oponíveis contra o Estado (art. 14 a 16, CF), entre outros. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 81.

³¹⁹ JABUR, *Liberdade...* op. cit., p. 80-81.

³²⁰ MORATO, Antonio Carlos. Quadro Geral dos Direitos da Personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 106/107, p. 131-132, dez./jan. 2011/2012.

fundamental no que diz respeito a essa categoria de direitos não consiste em sua(s) justificativa(s), e sim na forma de protegê-los.

Os direitos elencados na categoria de direitos do homem são essencialmente mutáveis, ou seja, são direitos históricos, surgidos de forma gradual e decorrentes de lutas em prol de novas liberdades.³²¹

Nesse sentido, em razão de mudanças no âmbito social, como o surgimento de novas tecnologias, surgem também novas formas de ameaças à liberdade do indivíduo, demandas e, por sua vez, novos direitos, os quais

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha invariavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.³²²

No âmbito do direito trabalhista F. K. COMPARATO afirma que direitos humanos de proteção do indivíduo como trabalhador, por serem essencialmente anticapitalistas, só puderam aflorar no momento em que o detentor do capital é obrigado a se compor com os obreiros. Por isso, com o aumento da fungibilidade da contribuição de força do trabalho resultou em um enfraquecimento direto desses direitos.³²³

A nosso ver, esse fenômeno é símile à produção da pérola pela ostra: o progresso tecnológico – o grão de areia que gera incômodo – ocorrido nas últimas décadas fez surgir formas mais intensas e preocupantes de ameaças a direitos dos indivíduos, aflorando demandas novas. Como resultado, a ordem jurídica, do ponto de vista tanto doutrinário quanto jurisprudencial, deve propor respostas às referidas demandas. Surge-se, assim, a pérola. Frise-se que, da mesma forma que ocorre com as ostras, o fenômeno, apesar de possuir construção histórica, não é feito de forma abrupta, rápida.

A nosso ver, ainda, o direito à privacidade, que será estudado no próximo capítulo, consiste em um direito humano, já que tem como objetivo resguardar o

³²¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: LTC, 2020. p. 5.

³²² BOBBIO, *A Era...* op. cit., p. 6.

³²³ COMPARATO, Fábio. *A afirmação...* p. 67.

valor supremo da dignidade da pessoa humana, que, por possuir sua previsão genérica no ordenamento jurídico, trata por isso de um direito fundamental.

3. DIREITO À PRIVACIDADE

3.1. PRIVACIDADE: TERMINOLOGIA E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO

Tanto a doutrina quanto os textos normativos utilizaram, sem muito cuidado, expressões para designar um tipo específico de direito da personalidade: vida privada, intimidade, privacidade. A respeito disso, devemos traçar certas observações.

O termo privacidade consiste em anglicanismo que possui sua gênese na palavra *privacy*, a qual começou a possuir destaque nos Estados Unidos com o Tratado de *Torts Law*, no qual o juiz Thomas Cooley afirmou que um direito de uma pessoa pode ser um direito de completa imunidade: *right to be let alone* (direito de estar só).³²⁴

O conceito de privacidade, assim como o gênero direitos da personalidade (como supracitados), não é imutável, pelo contrário, visto que consiste em uma construção cultural. De acordo com B. LEWICK: “A privacidade, como qualquer conceito jurídico, muda de função ao sabor das mudanças históricas, adaptando-se às novas exigências sociais. Reconhecer essa variação no conteúdo de

³²⁴ “(...) *The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. The corresponding duty is, not to inflict an injury, and not, within such proximity as might render it successful, to attempt the infliction of an injury. In this particular the duty goes beyond what is required in most cases; for usually an unexecuted purpose or an unsuccessful attempt is not noticed. But the attempt to commit a battery involves many elements of injury not always present in breaches of duty; it involves usually an insult, a putting in fear, a sudden call upon the energies for prompt and effectual resistance. There is very likely a shock to the nerves, and the peace and quiet of the individual is disturbed for a period of greater or less duration. There is consequently abundant reason in support of the rule of law which makes the assault a legal wrong, even though no battery takes place. Indeed, in this case the law goes still further and makes the attempted blow a criminal offense also.*” (...) O direito à pessoa pode ser considerado um direito à completa imunidade total: ser deixado em paz. O dever correspondente é não infligir uma lesão, e não, dentro de uma proximidade que possa torná-lo bem-sucedido, tentar infligir uma lesão. Nesse particular, o dever vai além do que é exigido na maioria dos casos; para geralmente um propósito não executado ou uma tentativa malsucedida são desconsiderados. Mas a tentativa de cometer uma agressão envolve muitos elementos de lesão nem sempre presentes em violações do dever; geralmente envolve um insulto, causar medo, um súbito apelo às energias para uma resistência imediata e efetiva. É muito provável que haja um estado de choque e a paz e a tranquilidade do indivíduo sejam perturbadas por um período de maior ou menor duração. Consequentemente, há muitos motivos para apoiar o Estado de Direito que tornam a agressão um delito, mesmo que não ocorra nenhuma agressão física. Com efeito, neste caso, a lei vai ainda mais longe e torna a tentativa de golpe um delito”. [tradução nossa]. COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Law of the Torts*. Chicago: Callaghan and Company, 1879, p. 29.

privacidade, ou seja, a sua mutabilidade funcional, importa reconhecer também que ela não representa uma entidade preconcebida”.³²⁵

Em 1890, um artigo publicado na *Harvard Law Review* reconheceu que, de tempos em tempos, é necessária uma redefinição da exata natureza e extensão da proteção tanto da propriedade quanto do indivíduo. Isto porque mudanças políticas, sociais ou econômicas podem implicar reconhecimento de novos direitos.³²⁶

De acordo com T. COOLEY, em um primeiro momento o enfoque jurídico voltava-se para a proteção de interferências físicas na vida e na propriedade do indivíduo, transgressões *vi et armis*. O chamado direito à vida era utilizado apenas para proteger o indivíduo de uma ação intencionalmente violenta e, via de regra, física (*trespass*).³²⁷ Posteriormente foi reconhecida a “natureza espiritual do homem”, o que incluía seu intelecto e seus sentimentos. Gradualmente o escopo dos referidos direitos se alargou, incluindo-se o direito de desfrutar a vida e o direito de estar sozinho. Simultaneamente houve a extensão da concepção legal de propriedade, englobando todas as formas de domínio, tanto físicas quanto intelectuais. Aponta o autor que o desenvolvimento jurídico da matéria era inevitável em detrimento da intensa vida intelectual e emocional e do aumento das sensações decorrentes do avançar da civilização, deixando claro para o homem que apenas parte da dor, prazer, proveito da vida resulta de coisas físicas.³²⁸

³²⁵ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 8-9.

³²⁶ “*That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights (...)*”. “É um princípio tão antigo como a *common law* aquele que afirma que o indivíduo tem plena proteção pessoal e patrimonial. Mas faz-se necessário, de tempos em tempos, definir novamente a natureza exata e a extensão de tal proteção. As mudanças políticas, sociais e econômicas implicam o reconhecimento de novos direitos.” [tradução nossa]. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to Privacy. Harvard Law Review.*, v. IV, n. 5, Boston, 1890.

³²⁷ COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*. Chicago: Callaghan and Company, 1879.

³²⁸ “*This development of the law was inevitable. The intense intellectual and emotional life, and the heightening of sensations which came with the advance of civilization, made it clear to men that only a part of the pain, pleasure, and profit of life lay in physical things (...)*”. “Esse desenvolvimento da lei era inevitável. A intensa vida intelectual e emocional, a intensificação das sensações que vieram com o avanço da civilização deixaram claro para os homens que apenas uma parte da dor, do prazer e do lucro da vida estava nas coisas físicas.” [tradução nossa]. *Ibid.*

Ademais, vale apontar que o embasamento constitucional da privacidade ocorreu por argumentos diferentes a depender do país.³²⁹

Outro ponto relevante diz respeito ao argumento de que o nascimento da privacidade na esfera tanto social quanto institucional não é reflexo de uma necessidade natural do ser humano. Na realidade, consistiria em uma aquisição de privilégio por parte de determinado segmento social: a classe burguesa.

Ao defender esse ponto, S. RODOTÀ afirma:

A possibilidade de aproveitar plenamente a própria intimidade é uma característica que diferencia a burguesia das demais classes: e o forte componente individualista faz com que essa operação se traduza, posteriormente, em um instrumento de isolamento do indivíduo burguês em relação à sua própria classe.³³⁰

Não seria, portanto, por acaso que os instrumentos jurídicos protetores da privacidade se basearam inicialmente no direito à propriedade, este característico do direito burguês.³³¹

Nos Estados Unidos, um marco importante no que diz respeito ao reconhecimento do direito à privacidade consiste no julgamento do caso *Griswald v. Connecticut*.³³² Questionada a respeito da constitucionalidade da lei de natalidade de Connecticut, a Suprema Corte reconheceu a existência de penumbras, resultantes das emanações de outras garantias, baseando-se na *Amendment IX*,³³³ a qual afirma que os direitos garantidos pela Carta Maior não devem ser interpretados como instrumentos, a fim de negar outros direitos. É importante frisar que o julgamento em questão e, portanto, a própria construção da

³²⁹ RIGAUX, F. La liberté de la vie privée. *Revue internationale de droit comparé.*, v. 43, n. 3, jul./set. 1991.

³³⁰ RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância – a Privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26-27.

³³¹ RODOTÀ, A *Vida...* op. cit., p. 27.

³³² VILE, John R. *Essential Supreme Court Decisions: summaries of leading cases in U.S constitutional law*. 16. ed. Maryland: Rowman & Littlefield, 2014. p. 417, 421- 422.

³³³ AMENDMENT IX: “*The enumeration in the constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*” “A enumeração na Constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada de forma a negar ou menosprezar outros direitos pertencentes ao povo.” [tradução nossa]. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/ninth_amendment. Acesso em: 11 set. 2020.

tutela do direito à privacidade nos Estados Unidos está intimamente ligada com o reconhecimento ao aborto.³³⁴

Na França, foram os amplos termos contidos no art. nº 1.382 do Código Civil Francês³³⁵ que possibilitaram que cortes e tribunais considerassem como ilícitos os ataques aos bens da personalidade, pois a lei que introduziu o art. 9º, o qual prevê expressamente o direito ao respeito da vida privada, foi inserida no Código Civil Francês apenas em 1970.³³⁶ Vale frisar que, a despeito de não possuir previsão expressa na Constituição, a França já era signatária da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1789), a qual prevê: “Art. 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência (...).”.

No caso espanhol, tem-se previsão expressa na *Constitución Española*: “Art. 18: 1. É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar a própria imagem. (...) 4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade individual e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos”.³³⁷ [tradução nossa].

³³⁴ Utilizou-se o julgamento em questão como um dos fundamentos para o caso *Roe v. Wade* (1973), que utilizou como instrumento o direito à privacidade para reconhecer a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez durante o primeiro trimestre de gestação. Nesse sentido, cf. RIGAUX, *La Liberté...* op. cit., p. 547.

³³⁵ Na época em que o artigo foi escrito, o texto do artigo citado era: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*” “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano o obriga a repará-lo pelo dano cometido.” [tradução nossa]. No entanto, o artigo foi alterado pela *Ordonnance* nº 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, sendo o atual texto: “*Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen.*” “As presunções que não são previstas pela lei são deixadas a critério do juiz, que só deve admitir aquelas que são graves, precisas e concordantes, e somente nos casos em que a lei admita a prova por esse meio.” [tradução nossa]. FRANCE. Code Civil. Version consolidée au 1 septembre 2020. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 11 set. 2020.

³³⁶ A introdução do direito à vida privada deu-se com a *Loi 70-643* de 17 de julho de 1970. Posteriormente, o artigo foi alterado pela *Loi 94-653* em 29 de julho de 1994: art. 9º, atualmente vigente: “*Chacun a droit au respect de sa vie privée. (..)*”. “Todos têm direito ao respeito a sua vida privada.” [tradução nossa].

³³⁷ Artigo 18 da *Constitución Española*: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...) 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. ESPAÑA. [Constituição (1978)] *Constitución Española*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 11 set. 2020.

Vale mencionar que a referida Constituição prevê a possibilidade de confronto entre o direito à privacidade e os direitos relacionados à liberdade de expressão. Nesses casos, aquele deverá servir de limites a estes.³³⁸

No que concerne à legislação espanhola, é ainda importante citar a *Ley Organica 1/1982* de 5 de maio, que regula a proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. Nela reconhece-se, em seu preâmbulo, que a delimitação da esfera desses direitos será também determinada pelas ideias prevalentes na sociedade em determinado momento:

(...) Além das delimitações que possam resultar das leis, considera-se razoável admitir que, no que por elas não for previsto na esfera de honra, intimidade pessoal e familiar e uso da imagem serão determinados de maneira decisiva, pelas ideias que prevaleçam em cada momento na Sociedade e pelo próprio conceito de que cada pessoa mantém a esse respeito e determina seus padrões de comportamento. Dessa forma, a questão resolve-se na lei em termos que permitam ao juiz a prudente determinação da esfera de proteção em função de dados variáveis de acordo com o tempo e as pessoas.³³⁹ [tradução nossa].

No caso italiano, não houve a normatização expressa de um direito à privacidade ou intimidade. Tem-se a previsão constitucional da garantia dos direitos invioláveis do homem, tanto individualmente quanto dentro de formações sociais em que se desenvolvam sua personalidade³⁴⁰ e menção a alguns direitos, como o

³³⁸ Art. 20, 4 da Constituição da Espanha: “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*” “Estas libertades têm seu limite em respeito aos direitos reconhecidos nesse título, nos preceitos das leis que o desenvolvem e, especialmente no direito à honra, à intimidade, à própria imagem e à proteção da juventude e da infância.” [tradução nossa]. ESPAÑA. [Constituição (1978)]... op., cit.

³³⁹ ESPAÑA. Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo de 1982. De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 14 mayo 1982, n. 115, p. 12546-12548.: “(...) *Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas.*” “Além da delimitação que pode resultar das leis, considera-se razoável admitir que, nas matérias por ela não previstas, a esfera da honra, da intimidade pessoal e familiar e o uso da imagem sejam determinados de forma decisiva pelas ideias que prevaleçam em cada momento na Sociedade e pelo próprio conceito que cada pessoa, de acordo com os próprios atos, mantenha a respeito e determine suas diretrizes de comportamento. Desse modo, a questão é resolvida na lei em termos que permitam ao juiz determinar com prudência a esfera de proteção em função dos dados variáveis de acordo com os tempos e as pessoas.” [tradução nossa].

³⁴⁰ Art. 2º, Constituição da República Italiana: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*” “A República

direito à inviolabilidade e ao segredo da correspondência e de outras formas de comunicação.³⁴¹ Coube à Jurisprudência italiana inicialmente o reconhecimento de um direito absoluto de “autodeterminação” no desenvolvimento da personalidade³⁴² e posteriormente o reconhecimento do direito à intimidade e à vida privada.³⁴³

Apesar de ser possível afirmar que desde a Constituição do Império³⁴⁴, havia previsão de certos direitos, hoje vistos como emanções do direito à privacidade, foi somente com o advento da Constituição de 1988 que o tratamento da vida privada apresentou grande avanço,³⁴⁵ uma vez que as Constituições antecessoras previam, nesse sentido, poucos direitos, como direito ao sigilo das comunicações e à inviolabilidade do domicílio.³⁴⁶

reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas informações sociais onde se desenvolve sua personalidade, e solicita o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social.” [tradução nossa]. ITALIA. [Constituição (1947)]. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

³⁴¹ Art. 15, Constituição da República Italiana: “*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.*” “A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis.” [tradução nossa]. Ibid.

³⁴² Decisão da Corte de Cassazione nº 990 de 20/4/1963: “*il diritto assoluto di personalità, inteso quale diritto erga omnes alla libertà di autodeterminazione nello svolgimento della personalità dell'uomo come singolo, la divulgazione di notizie relative alla vita privata, in assenza di un consenso almeno implicito.*” “O direito absoluto de personalidade, entendido como o direito *erga omnes* à liberdade de autodeterminação no desenvolvimento da personalidade do homem como indivíduo, a divulgação de informações relativas à vida privada, na ausência de pelo menos consentimento implícito.” [tradução nossa]. ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE: 990. DJ: 20/4/1963. Disponível em: http://www.jus.univr.it/users/pascuzzi/varie/sem-inf99/Cass_1963.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

³⁴³ Decisão da Corte Constitucional nº 38 de 1973: “*Non contrastano con le norme costituzionali ed anzi mirano a tutelare e a realizzare i fini dell'art. 2 affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione.*” “Não contrastam com as normas constitucionais e, ao contrário, focam tutelar e realizar a finalidade do art. 2º afirmado nos arts. 3º, § 2º e 13, § 1º, que reconhecem e garantem os direitos invioláveis do homem, entre os quais retoma aquele do próprio decoro, da própria honra e da própria responsabilidade, privacidade, intimidade e reputação.” [tradução nossa]. ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 38. DJ: 5/4/1973. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0038s-73.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

³⁴⁴ Constituição Política do Império do Brasil de 1824, art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar (...) XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo(...)”. BRASIL. [Constituição (1824)].

³⁴⁵ LEWICKI, A *Privacidade...* op. cit., p. 8.

³⁴⁶ Cf. artigo 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891); artigo 113, 8 e 16 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934); Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937) artigo 122, 6 (posteriormente suspenso pelo Decreto nº 10.358 de 1942).

B. LEWICKI aponta o desenvolvimento do tema dentro do ordenamento brasileiro: inicialmente, a noção de esfera privada assemelha-se à concepção pré-constitucional do direito à propriedade. Não sem razão, para o Código Civil de 1916, as previsões referentes à privacidade estavam ligadas à ideia de propriedade, como o direito de vizinhança.³⁴⁷ Até os direitos autorais eram examinados sob uma ótica “proprietária”.³⁴⁸ Nesse sentido, a indenização pela ofensa a esses direitos era justificada pela recomposição de danos patrimoniais.

Posteriormente ao advento da Constituição de 1988, o legislador, como forma de proteger integralmente o indivíduo e reconhecendo a dignidade humana como princípio norteador, baseou a privacidade não mais no direito à propriedade, e sim no direito reconhecido ao indivíduo de desenvolver sua personalidade da melhor forma. Resultam desse fenômeno a reafirmação do aspecto negativo da privacidade (defender-se de invasões alheias) e o afloramento de um aspecto positivo, qual seja, um direito ativo de o indivíduo de estar no controle do fluxo de informações a ele concernentes.³⁴⁹

Afirma E. MALLETT que o tema sempre foi negligenciado no Brasil, tendo iniciado sua regulação no âmbito da CLT iniciado com a Lei nº 9.799, a qual introduziu o art. 373-A, VI³⁵⁰, no referido diploma, prevendo a proibição de revistas íntimas aplicadas às empregadas ou funcionárias.³⁵¹ Com base no estudo do artigo citado é possível perceber, em outros incisos, a preocupação, ainda que comedida, do legislador em preservar a vida íntima das trabalhadoras, como o inciso IV, que proíbe a exigência de atestado ou exame que comprove, ou não, a gravidez.³⁵²

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946): art. 141 § 6 e § 15. Constituição da República Federativa do Brasil (1967) art. 150 § 9 e §10.

³⁴⁷ Artigo nº 573 do Código Civil Brasileiro, de 1 de janeiro de 1916: “O proprietário pode embargar a construção do prédio que invada a área do seu, ou sobre este deite goteiras, bem como a daquele, em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda (...)”.

³⁴⁸ Artigo nº 671 do Código Civil de 1916: “Quem publicar qualquer manuscrito, sem permissão do autor ou de seus herdeiros ou representantes, será responsável por perdas e danos(...)”.

³⁴⁹ LEWICKI, A *Privacidade...* op. cit., p. 80-87.

³⁵⁰ Art. 373, CLT: “A duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior. (...) VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.”

³⁵¹ MALLETT, E. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 199-226, 2009. p. 201-202.

³⁵² Art. 373, CLT: “(...) IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego”. Vale lembrar que, no capítulo 1, no item 1.5.2 (Limitação ao Poder de Controle), o tema das revistas pessoais já foi objeto de análise.

3.2. DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À INTIMIDADE

Não se credita ser sem propósito que o legislador constitucional tenha optado por decantar, no artigo 5º, X, os direitos à vida privada e à intimidade.³⁵³ Acreditamos, portanto, que privacidade e intimidade não são vocábulos sinônimos.³⁵⁴

Para que seja possível distinguir os institutos da privacidade e intimidade deve-se examinar primeiramente a teoria dos círculos concêntricos, a qual realizou correspondência entre três círculos concêntricos e as esferas da vida particular. Inicialmente foi proposta por HEINRICH HUBMANN na seguinte sequência: a esfera menor seria a íntima (*Intimsphäre*), seguida da esfera secreta (*Geheimsphäre*) e, por fim, englobada pela esfera privada (*Privatsphäre*).³⁵⁵

Porém, a versão da teoria dos círculos que possui maior disseminação no âmbito doutrinário e jurisprudencial é a defendida por HEINRICH HENKEL, de acordo com a qual a mais ampla seria a esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*), contendo acontecimentos e comportamentos que o indivíduo não almeja que se tornem de domínio público; o círculo intermediário seria correspondente à esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou da confiança (*Vertraulichkeitssphäre*), da qual estariam excluídos o público em geral e determinadas pessoas. Por fim, o núcleo, ou seja, o menor círculo, corresponderia à esfera do segredo (*Geheimsphäre*).³⁵⁶

No âmbito nacional, forte vertente doutrinária, tendo como expoente S. J. CHINELLATO, afirma que a esfera privada possui, em seu interior, a intimidade. Logo, o acesso à vida privada não necessariamente permite sua admissão na esfera íntima do indivíduo.

É importante ressaltar que não houve consagração explícita do direito à privacidade no Código Civil, como ocorre na CF, sendo o art. 21 utilizado como cláusula geral que permite ao juiz impor as providências necessárias para garantir

³⁵³ Artigo 5º, X da CF: “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;”. BRASIL. [Constituição (1988)].

³⁵⁴ CHINELLATO, *Código Civil...* op. cit., p. 127.

³⁵⁵ SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 178.

³⁵⁶ COSTA JR, Paulo Jose da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970. p. 31-33.

proteção à vida privada. C. M. DA SILVA PEREIRA afirma que o referido dispositivo, por se utilizar da expressão “vida privada”, excluiria a pessoa jurídica, já que, no tocante a esta, não se pode falar de vida privada.³⁵⁷

De acordo com P.E.V DE OLIVEIRA, entende-se por esfera íntima aquela que “resguarda as pessoas de sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem, pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa através de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente”.³⁵⁸

Sobre o tema, vale citar importante decisão que resultou do caso *Niemietz* c. Alemanha, 16 de dezembro de 1992, Série A n.º 251-B, na qual o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (*Cour Européenne des Droits de L’Homme* – CEDH) afirmou que não considera possível ou mesmo necessário o estabelecimento de uma definição exaustiva da noção de “vida privada”. Ressaltou, ainda, que seria demasiado restritivo limitá-la a um “círculo interno” no qual o indivíduo possa viver de acordo com suas escolhas pessoais e excluir dele o mundo exterior. O respeito pela vida privada deve observar, até certo ponto, o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos. Seguindo esse entendimento, a decisão afirma que as atividades profissionais ou empresariais não devem ser excluídas da noção de vida privada, já que é dentro da vida profissional que as pessoas possuem uma oportunidade significativa de desenvolver relacionamentos.³⁵⁹

³⁵⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017. p. 217.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.100. jan./dez. 2005. p. 148.

³⁵⁹ “29. La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “vie privée”. Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un “cercle intime” où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d’en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l’individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n’y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de “vie privée” comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c’est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d’occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme: dans les occupations de quelqu’un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. Spécialement, les tâches d’un membre d’une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l’on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné.” “O tribunal não considera nem possível nem necessário procurar definir exaustivamente o conceito de ‘vida privada’. No entanto, seria muito restritivo limitá-lo a um ‘círculo íntimo’ em que todos podem levar sua vida pessoal como quiserem e excluir inteiramente o mundo fora desse círculo. O respeito da vida privada também deve abranger, até certo ponto, o direito do indivíduo de formar e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos. Também parece não haver razão, em princípio, para considerar esta forma de entender a noção de ‘vida privada’ como excluindo as atividades profissionais ou comerciais:

Em decisão mais recente, o tribunal, em 28 de janeiro de 2003, no caso *Peck c. Royaume-uni*, ratificou a inviabilidade de uma noção exaustiva da vida privada, consistindo esta em um dispositivo de noção ampla.³⁶⁰

De forma distinta da proposta por HEINRICH HUBMANN, porém ainda aplicando a teoria dos círculos concêntricos, neste estudo consideramos esfera íntima o círculo interno ao da privacidade, por ela englobado. Adotamos também a crítica apontada por F. RIGOUX a respeito da utilização do termo “vida privada”: ressalta a distinção dogmática entre direito privado e direito público. O uso de “vida privada” apresenta desconformidade em um contexto em que se acredita que os direitos da personalidade não estão restritos ao interesse privado, perpassando para a esfera pública, ao abranger, em um mesmo conjunto, direitos como liberdade de expressão³⁶¹ e liberdade à informação.³⁶²

Pelas razões expressas, resolvemos optar pela utilização de direito à privacidade, mais ampla, mesmo em situações que se referem à intimidade. Ademais, a escolha de privacidade como termo prevalecente neste trabalho alinha-se à maior parte dos termos utilizados em decisões jurídicas, tanto nacional quanto internacionalmente.

afinal, é no trabalho que a maioria das pessoas tem muitas e talvez o máximo de oportunidades de fortalecer seus laços com o mundo exterior. Um dado destacado pela Comissão o confirma: nas ocupações de alguém, nem sempre se pode separar o que é da esfera profissional do que dela sai. Em particular, os deveres de um membro de uma profissão liberal podem constituir uma característica de sua vida a tal ponto que não se sabe em que qualidade ele está atuando em determinado momento.” [tradução nossa]. UNIÃO EUROPEIA. Cour Européenne des Droits de L’Homme. AFFAIRE NIEMIETZ c. ALLEMAGNE (Requête n.13710/88). Strasbourg, 16 décembre 1992. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62344> Acesso em: 15 set. 2020.

³⁶⁰ “57. La « vie privée » est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive”. A vida privada é um conceito amplo, que não se submete a uma definição exaustiva. [tradução nossa]. UNIÃO EUROPEIA. Cour Européenne des Droits de L’Homme. AFFAIRE PECK c. ROYAUME-UNI (Requête no 44647/98). Strasbourg, 28 janvier 2003. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65455>. Acesso em: 15 set. 2020.

³⁶¹ Art. 220, CF: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

³⁶² RIGAUX, *La Liberté...* op. cit..

Formatado: Francês (França)

3.3. COLISÃO DE DIREITOS

É indiscutível que o direito à privacidade, a depender da situação, pode vir a colidir com diversos outros direitos fundamentais, também previstos constitucionalmente.

No caso português, quando ocorre uma colisão real de direitos, a ordem jurídica, ao levar em conta em conta a coerência e a unidade do sistema, deve resolver a contradição nos termos do art. 335 do Código Civil português:

Colisão de direitos:

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.
2. Se os direitos forem desiguais ou de espécies diferentes, prevalece o que deva considera-se superior.³⁶³

Para R. V. A. C. DE SOUSA, o processo de solução do conflito começa na identificação dos fatos relativos à constituição e eventual modificação do direito de personalidade, com o escopo de determinar a natureza, a necessidade e o âmbito dos elementos da personalidade individual no caso concreto.³⁶⁴ Vale ressaltar que, caso haja regulação prévia a respeito da colisão de direitos, esta deve ser respeitada em detrimento do artigo geral do Código Civil português.

Em segundo lugar, devem-se identificar os fatos relacionados à modalidade de atuação do titular do direito de personalidade aos meios utilizados em sua atuação. Em outras palavras, cabe analisar se a atuação do titular do direito está de acordo com os poderes jurídicos resultantes da estrutura formal do direito de personalidade e de seu fundamento axiológico-normativo. Nesse âmbito, deve ser analisado ainda se os meios empregados pelo titular do direito em seu exercício estão em consonância com os quesitos de adequação, correção e proporcionalidade.³⁶⁵

Em terceiro lugar, devem ser objeto de análise os fatos relacionados às consequências objetivas produzidas pelo conflito. Por fim, as demais circunstâncias factuais, objetivas e subjetivas importantes do ponto de vista jurídico deverão ser

³⁶³ SOUSA, *O Direito Geral...* op. cit., p. 533.

³⁶⁴ SOUSA, *O Direito Geral...* op. cit., p. 534.

³⁶⁵ SOUSA, *O Direito Geral...* op. cit., p. 535.

inventariadas. Nessa esfera, serão analisadas, por exemplo, a data em que o exercício do direito de personalidade iniciou e a antiguidade da constituição desse direito.³⁶⁶

Já na esfera de direito, dever-se-á analisar quais são os bens ou valores jurídicos inerentes às proposições normativas do direito de personalidade no caso concreto e qual a posição hierárquica em que se encontram, seja dentro do âmbito dos direitos específicos de personalidade, seja dentro do ordenamento jurídico como um todo.³⁶⁷

Segundo o autor, para solucionar o conflito ou, em outras palavras, determinar os valores³⁶⁸ e bens jurídicos contidos nas proposições normativas do direito de personalidade no caso concreto, é imprescindível que haja um trabalho de concreção e interpretação jurídica delas, sem esquecer o quesito de sua aplicabilidade aos fatos.³⁶⁹

A. M. CORDEIRO trata da “questão da prevalência” segmentando o tema em dois planos: no primeiro, objetiva-se saber se, no caso de conflito com outros direitos, haveria a prevalência dos direitos da personalidade; e, no segundo, se os direitos da personalidade concorressem internamente, ou seja, entre si próprios, haveria uma hierarquia.

No caso de conflito externo, ou seja, de um direito da personalidade concorresse com outro direito de natureza diversa, haveria inegável inclinação a fazer prevalecer aqueles. No entanto, tal apetência não tem como base direta nenhuma norma jurídica. Assim sendo, deve-se examinar, caso a caso, qual o melhor regime aplicável. Nesses termos, o autor descarta a “prevalência” como característica dos direitos da personalidade.³⁷⁰

³⁶⁶ SOUSA, *O Direito Geral...* op. cit., p. 535.

³⁶⁷ SOUSA, *O Direito Geral...* op. cit., p. 536.

³⁶⁸ Por valores jurídicos, o autor entende: “(...) as qualidades dos bens de personalidade que os tornam juscivilisticamente tutelados, os interesses ou fins jurídicos abstractamente visados por aquelas proposições normativas e a adequação social e individual do modo de exercício do direito de personalidade abstractamente permitidos”. SOUSA, *O Direito Geral...* op. cit., p. 356.

³⁶⁹ SOUSA, *O Direito Geral...* op. cit., p. 536.

³⁷⁰ CORDEIRO, *Tratado...* op. cit., p. 115-116.

Nessa mesma esteira, F. RIGOUX afirma que, dentro de uma sociedade democrática, é fundamental que a proteção à vida privada seja contrabalanceada por uma outra liberdade: a liberdade de expressão e informação.³⁷¹

Percebe-se que, quando há conflito entre direitos, como o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, que pode dar-se por meio de redes sociais, eles devem ser analisados caso a caso, examinando questões particulares a eles veiculadas. Daremos atenção a um caso em que há colisão das referidas liberdades e é caracterizado por ocorrer no âmbito de uma relação de assimetria entre as partes: relação laboral como foco específico nas redes sociais virtuais. É o que veremos no capítulo seguinte.

³⁷¹ RIGOUX, *La Liberté...* op. cit.

4. PRIVACIDADE NAS REDES SOCIAIS

4.1. BREVES CONSIDERAÇÕES

Este capítulo tem como escopo analisar a privacidade do cidadão como trabalhador no que diz respeito a uma forma específica de rede, as sociais informáticas (para nós apenas “redes sociais”), aqui entendidas como plataformas de comunicação *online* que possibilitam aos indivíduos interagir com outros usuários. O coração da dinâmica dessas redes sociais encontra-se no usuário.³⁷² O exame de outras formas de redes, como redes sociais físicas, não serão o foco do atual estudo.

Conforme já dito, o conceito de privacidade é extremamente sensível às mudanças sociais. Como exemplo dessas mudanças, entre as mais importantes dos últimos anos, citam-se a inserção e propagação de novas tecnologias que possibilitaram uma redução sensível da privacidade das pessoas. Os efeitos futuros desse fenômeno ainda são desconhecidos.³⁷³

A tecnologia, nos dias de hoje, acaba por ocupar o lugar de destaque entre os cidadãos. Não por acaso é vista como fator determinante da vida moderna.³⁷⁴ Aponta P. J. DA COSTA JR que o desenvolvimento tecnológico, em vez de enriquecer a personalidade e possibilitar maior controle da natureza pelo homem e, conseqüentemente, proporcionar maior conforto, resultou em um verdadeiro processo de devassamento da privacidade.

A privacidade, portanto, deixa de ser vista por grande parte da sociedade como algo valioso a ponto de ser reservado. O homem não mais reivindica o direito à preservação da sua liberdade interior como fazia. Em outras palavras, para não se sentir anônimo dentro dos conglomerados urbanos, o preço pago pelo indivíduo é expor sua vida à curiosidade alheia.³⁷⁵

³⁷² ZARSKY, Tal. Law and Online Social Networks: Mapping the Challenges and Promises of User-Generated Information Flows. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, v. 18, n. 3, 2008. p. 31.

³⁷³ TOMASEVICIUS FILHO, E. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão e privacidade e a privacidade renunciada. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 129-169, dez. 2014.

³⁷⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, v. 23, p. 296-313, 2003.

³⁷⁵ COSTA JR, *O Direito de...* op. cit., p. 14-17.

Ao advento de formas mais eficientes de redução da privacidade (câmeras fotográficas, *smartphones*, computadores individuais, microfones) – em grande parte resultado do arsenal pós guerra fria posteriormente aprimorado –, o indivíduo é estimulado a, por declaração voluntária, renunciar sua privacidade fornecendo e divulgando cada vez mais informações sobre si próprio. De acordo com E. TOMASEVICIUS FILHO:

(...) nos últimos anos, deu-se um novo passo nesse avanço sobre a esfera da privacidade das pessoas. Em vez de se tentar invadir essa esfera, provocando resistências entre as pessoas, a estratégia alterou-se: criaram-se fortes estímulos para que as próprias pessoas renunciem voluntariamente a sua privacidade por meio do acesso fácil e lúdico às redes sociais por computadores pessoais e, nos últimos tempo, por meio dos telefones celulares.³⁷⁶

O referido autor propõe-se olhar o desenvolvimento do direito à privacidade segundo uma ótica evolutiva, segmentando-o em três fases. Surgida desde o século XIX, a primeira fase caracteriza-se pelo ampliação dos núcleos urbanos e da imprensa. Neste momento preocupam-se os operadores do direito em desenvolver e justificar o *right to be alone*, em outras palavras, o direito do indivíduo de ser deixado só.

A segunda fase, por sua vez, amplia a noção de privacidade da primeira, incluindo o direito que o indivíduo possui de controlar as informações sobre si. Por fim, vivemos na terceira fase, na qual o direito à privacidade é novamente objeto de estudo e se busca estabelecer em que esse direito consistiria dentro de um mundo em que as informações sobre os indivíduos são por eles voluntariamente fornecidas.³⁷⁷

Um elemento importantíssimo para um exame satisfatório da influência tecnológica reside em constatar o aumento e aperfeiçoamento de instrumentos de fiscalização possibilitados pelo rápido avanço tecnológico. Esses instrumentos, por sua vez, apresentam-se como fortes ameaças à privacidade do indivíduo, e, portanto, espera-se que, cada vez mais, reforcem sua proteção. No entanto, como dito, o que ocorre é exatamente o oposto. Nesse sentido, ganha relevo uma breve análise sobre a evolução da vigilância e seus efeitos na sociedade moderna.

³⁷⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Em direção... op. cit., p. 138.

³⁷⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Em direção... op. cit., p. 138.

Iniciamos com a constatação de que a vigilância passou por profundas alterações em detrimento das tecnologias modernas: se antes essa se apresentava de forma aparentemente sólida e estável, nos dias de hoje se perfaz por meios móveis e flexíveis, (vigilância líquida) o que lhe permite infiltrar-se em áreas da vida onde até antes era marginal.³⁷⁸

Ademais, “ser vigiado” sai de uma concepção de ameaça para uma de tentação. O indivíduo passa a desejar ser observado, reconhecido. A perspectiva de exposição transforma-se em uma das formas de significação, ou seja, de valorizar a própria existência.³⁷⁹

Para Z. BAUMAN, o avanço contumaz da tecnologia resulta em um processo de enfraquecimento de dois principais pilares da privacidade: invisibilidade e anonimato (“morte ao anonimato”). Nesse sentido: “Essa erosão do anonimato é produto dos difundidos serviços da mídia social, de câmeras de celulares baratos, sites grátis de armazenamento de fotos e vídeos e talvez o mais importante, de **uma mudança na visão das pessoas sobre o que deve ser público e o que deve ser privado.**”³⁸⁰ [grifos nossos].

O autor afirma que houve uma verdadeira invasão, conquista e colonização do domínio público pela privacidade. O surgimento e principalmente maior acessibilidade a essas tecnologias, em especial a Internet, tornaram possível a transmissão mais rápida e volumosa de informações e dados.

Nesse sentido afirma A. MACSTAY: “o que podemos dizer é que muito do que consideramos subjetivo e privado já é mais público do que costumamos pensar. Linguagem, uso de símbolo, status, ética e identidade são todos constituídos por fatores relacionais e sociais. Por serem sociais, eles são públicos e, por serem públicos, são observáveis. [tradução e grifos nossos].³⁸¹

³⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 11.

³⁷⁹ BAUMAN, *Vigilância...* op. cit., p. 30.

³⁸⁰ BAUMAN, *Vigilância...* op. cit., p. 30.

³⁸¹ “(...) *what we can say is that much of what we consider to be subjective and private is already more public than we usually think. Language, symbol use, status, ethics and identity are all constituted by relational and social factors. By being social they are public, and by being public they are observable.*”

No âmbito trabalhista, a relação empregatícia mostra-se um campo fértil a lesão de direitos, principalmente o direito à privacidade. ESTEVÃO MALLET aponta a necessidade de ponderar que os direitos de personalidade de ambas as partes devem ser considerados não apenas do empregado. Nesse sentido, o art.16 do Código de Trabalho de Portugal prevê:

Reserva da intimidade da vida privada

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.
2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.³⁸² [grifos nossos].

4.2. NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO DO TRABALHO

Nesse percurso de inserção das novas tecnologias no âmbito de controle laboral, algumas questões já possuem certa estabilidade jurisprudencial e/ou doutrinária. Para prosseguirmos na análise de redes sociais no âmbito laboral, valer-nos-emos do exame de casos já consagrados que envolvem tecnologias recentemente inseridas na sociedade: câmeras de vídeo e *e-mail* eletrônicos. Posteriormente analisaremos especificamente os casos referentes às redes sociais.

a) Câmeras de vídeo

Como já dito, um importante exemplo para o estudo trata da análise dos casos em que o poder fiscalizatório ocorreu por meio da utilização de câmeras de vídeo para a vigilância dentro do local de trabalho.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta proibição expressa à instalação de câmeras de vídeo em ambiente laboral. A Jurisprudência brasileira, contudo, considera ilícita a instalação de câmeras em banheiros e vestiários.³⁸³ No

³⁸²PORTUGAL. Lei nº 7 de 2009. Código de Trabalho português... op. cit.

³⁸³ RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSTALAÇÃO DE CÂMERA DE VÍDEO EM BANHEIRO. A instalação de câmeras de vigilância em banheiros e vestiários de empregados configura invasão de privacidade e intimidade a ensejar o pagamento de reparação por danos morais. *In casu*, muito embora não tenha sido comprovado que a instalação das câmeras foi determinada pela empregadora, não há como eximi-la de sua responsabilidade, na

entanto, ressalta A. M. de Barros que se deve seguir um princípio de proporcionalidade, analisando, no caso concreto se a utilização desses instrumentos é justificada, equilibrada e imprescindível.³⁸⁴

Entretanto, discordamos da autora A. M. de Barros na afirmação de que haveria possibilidade de instalação de câmeras em banheiros: “Entretanto, poderá ser admissível, excepcionalmente, quando o empregado viola suas obrigações, passando no banheiro um tempo claramente desnecessário para fumar, ler ou realizar outras atividades”.³⁸⁵

Acreditamos que a utilização de câmeras de vídeo pelo empregador deve estar de acordo com o princípio da proporcionalidade, mas que, de forma alguma justifica sua instalação em banheiros e/ou vestiários. Tal comportamento pelo empregador encontra-se em total desacordo com os direitos constitucionalmente garantidos e com os valores-base da constituição da dignidade da pessoa humana.

No âmbito internacional, é possível citar países que proibiram, de forma expressa, a utilização de câmeras de vídeo no intuito de fiscalizar o empregado. No ordenamento italiano, por exemplo, há a proibição expressa do controle intencional do empregado por câmeras.³⁸⁶

b) E-mails

Outro caso que merece destaque consiste na questão do monitoramento dos *e-mails* dos empregados pelo empregador. Destaca-se que, o caso dos *e-mails*, de forma similar ao que será posteriormente explorado, consiste em um controle das comunicações do empregado.

De acordo com o já citado art. 5º, XII, da CF, é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que

medida em que é responsável pelo seu ambiente de trabalho, devendo zelar pela intimidade e privacidade de seus trabalhadores e pela inócuência de ilícitos dentro de suas dependências. Nesse contexto, não há como afastar a responsabilidade civil da reclamada. Recurso de revista conhecido e provido. [grifos nossos]. TST. RECURSO DE REVISTA: RR-1793-64.2016.5.12.0030. Relator: Dora Maria da Costa, DJ: 23/10/2019 *Jurisprudência TST*, 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8f568cff22cb064a53fe98d6e910501c>. Acesso em: 28 out. 2020.

³⁸⁴ DE BARROS, *Proteção...* op. cit., p. 85-86.

³⁸⁵ DE BARROS, *Proteção...* op. cit., p. 86.

³⁸⁶ Art. 4º, do *Statuto dei Lavoratori*. ITALIA. *Statuto dei lavoratori...* op., cit.

a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”³⁸⁷ [grifos nossos].

Com base no dispositivo acima, podemos deduzir que o bem jurídico a ser protegido seria a liberdade de comunicação e sua reserva. *A priori*, os questionamentos a respeito da possibilidade de instalação de escutas (“grampos”) eram controvertidos, ocasionando em julgados díspares.³⁸⁸

No intuito de pôr fim às controvérsias decorrentes da interpretação do artigo, o legislador optou por editar a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996,³⁸⁹ que regulamentou a parte final do inciso II. De acordo com o art. 10 da referida lei: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei [redação original]”.³⁹⁰

³⁸⁷ BRASIL. [Constituição (1988)] ... op., cit.

³⁸⁸ Cita-se o Habeas Corpus n. 73.351-4 (STF), de 9 de maio de 1996, que considerou o “grampo” inadmissível enquanto não houvesse lei complementar que o regulamentasse a questão, ficando proibido até mesmo o Juiz de autorizá-lo. HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. STF. HABEAS CORPUS: HC: 73351 SP, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, DJ: 09/05/1996. *JusBrasil*, 1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corpus-hc-73351-sp>. Acesso em: 20 out. 2020.

Ao revés, o TJSP (6ª Câmara de Direito Criminal), defendeu a possibilidade de realizar a interceptação telefônica utilizando como um dos argumentos a previsão contida na Lei n. 4117/62, Código Brasileiro de Telecomunicações. Apud BARROS, *Curso...* op. cit., p. 398.

³⁸⁹ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regula o inciso XII, parte final, do Artigo 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1996, Seção 1, p. 13.757.

³⁹⁰ Vale frisar que o artigo foi alterado pela Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, sendo sua versão atualizada: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no **caput** deste artigo com objetivo não autorizado em lei.” BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. Lei de Abuso de Autoridade. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 set. 2019, Seção 1, Edição Extra. p. 1.

No que diz respeito ao âmbito laboral, a questão relaciona-se com a possibilidade de o empregador ter acesso a instrumentos de comunicação do empregado, como escutas telefônicas.

A Jurisprudência brasileira aponta que, se o telefone é algo fundamental para o exercício do trabalho, como o dos funcionários de *telemarketing*, o empregador poderia ter o acesso às chamadas e até o controle as chamadas.³⁹¹

Nesse sentido, o empregador não seria considerado um “terceiro” à conversa. No entanto, o entendimento é diverso quando os telefonemas ocorrerem em períodos de pausas e descansos, mesmo que durante o período de trabalho.³⁹²

A. M. DE BARROS utiliza-se da mesma lógica aplicada às ligações telefônicas para as mensagens eletrônicas (*e-mails*). Seguindo o mesmo raciocínio, as mensagens enviadas ou recebidas pelo empregado por *e-mail* corporativo podem ser fiscalizadas pelo empregador. A autora ressalta ainda que sites visitados pelo computador fornecido pela empresa e, portanto, visto como instrumento de trabalho durante o horário laboral, também estariam sujeitos ao controle do empregador.³⁹³ Nesse mesmo sentido, alinha-se à Jurisprudência brasileira de que somente o *e-mail* pessoal está garantido pelo direito do sigilo das comunicações.³⁹⁴

³⁹¹ GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS FEITAS PELO EMPREGADOR. LICITUDE. Sendo a linha telefônica de propriedade do empregador, pode ele adotar procedimentos no sentido de que as ligações fiquem restritas a assuntos relacionados ao labor, estando eventual apuração de uso dentro do chamado “poder de fiscalização do empregador”, não havendo falar em interceptação por terceiro. Assim sendo, inexistente espaço para a aplicação da Lei nº 9.296/96 no caso dos autos, pois tal norma trata de interceptação para fins criminais. TRT-18. RO: 0001260-79.2011.5.18.0009, GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS FEITAS PELO EMPREGADOR. LICITUDE. Relator: ALDON DO VALE ALVES TAGLIALEGNA, DJ: 07/02/2012, 1ª Turma. Disponível em: https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=0&p_ano=0&p_cidade=0&tipo_proc=null&p_num_trt=10629&p_ano_trt=2011&p_tipo_trt=R O&dt_autuacao=29/11/2011&popup=0&cid=15473. Acesso em: 27 out 2020

³⁹² BARROS, *Curso...* op. cit., p. 399.

³⁹³ BARROS, *Curso...* op. cit., p. 399.

³⁹⁴ RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E ANTERIORMENTE À LEI Nº 13.467/2017. 1. PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. ACESSO E UTILIZAÇÃO DO CONTEÚDO DAS MENSAGENS DOS EMPREGADOS PELO EMPREGADOR. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. I. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho. Daí porque é permitido ao empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado em e-mail corporativo, isto é, checar as mensagens, tanto do ponto de vista formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto sob o ângulo material ou de conteúdo, não se constituindo em prova ilícita a prova assim obtida. II. Não viola os arts. 5º, X e XII, da Constituição Federal, portanto, o acesso e a utilização, pelo empregador, do conteúdo do “e-mail” corporativo. III. Acórdão regional proferido em consonância ao entendimento desta Corte Superior. IV. Recurso de revista de que não se conhece. (...)TST. RECURSO DE REVISTA : RR1347-42.2014.5.12.0059, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. DEJT: 26/06/2020. *JusBrasil*. 2020.

Visto isso, parece-nos que, caso se trate de *e-mails* que façam referência ao empregador, assim entendidos aqueles que possuam, ou não, a extensão do domínio do empregador (ex.: @empresa.com), é possível a fiscalização do empregador com limitações bem estabelecidas, seja pela CF, CLT, contrato de trabalho, seja por qualquer outro diploma mais favorável ao empregado. No entanto, é imprescindível que o empregado seja informado previamente sobre a possibilidade desse controle. Caso contrário, tratar-se-á de lesão à dignidade do empregador, e, em específico, ao princípio também constitucionalmente garantido da privacidade e do sigilo da correspondência.

4.3. ANÁLISE DE REDES SOCIAIS

Nesse novo contexto em que estamos inseridos, L. STRAHILEVITZ articula uma definição empírica de privacidade fundamentada em uma teoria de redes sociais e, conseqüentemente, o que caracterizaria o delito de divulgação nos EUA. Para isso, busca demonstrar que a lei deveria se concentrar em questões objetivas e satisfatórias sobre a extensão de disseminação que o demandante deveria ter esperado com a divulgação das informações a terceiros. O autor objetiva, portanto,

Disponível em: Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out. 2020. Acesso em: 20 out 2020. [grifos nossos].

A) RECURSO DE REVISTA OBREIRO:

I) DANO MORAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO – ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO – LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF.

1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência – manuscrita, impressa ou eletrônica – da pessoa – física ou jurídica – diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional – da pessoa jurídica –, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal. 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. (...) TST. Acórdão do Processo nº RR-996100-34.2004.5.09.0015. Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho. Publicado em 18.02.2009. *Jurisprudência* TST, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#63f1074a507ebd9b2db05362ba7598a>. Acesso em: 27 out. 2020. [grifos nossos].

solidificar a investigação de “privacidade” como uma questão empírica em detrimento de uma questão normativa altamente contestada.³⁹⁵

Para tanto, é necessário analisar mais do que apenas quantas pessoas estão cientes do fato. Precisa-se analisar onde, dentro de uma rede social, essa informação existe; que tipo de pessoas tem acesso a ela; quais os incentivos para sua disseminação; se a informação deve ser agregada de outras formas de informação para se tornarem pertinentes e, por fim, que tipos de normas sociais facilitam ou mesmo restringem a disseminação subsequente das informações. Em outras palavras, o estudo de uma teoria das redes sociais poderia auxiliar os tribunais a avaliar a privacidade de maneira mais precisa e transparente.³⁹⁶

Para atingir esse resultado, o autor propõe alguns questionamentos. Primeiro, é preciso saber se o tribunal deve definir privacidade com base em uma análise normativa ou descritiva. Sabe-se que uma abordagem apenas normativa deixaria de fora as particularidades de cada comunidade em estabelecer qual informação é mais privada. Pessoas com diferentes antecedentes culturais, idade, religião, entre outros, poderão chegar a conclusões extremamente diferentes sobre privacidade. Ademais, não podemos esquecer que as demandas são analisadas por um grupo de juízes que podem vir a representar apenas um dos vários segmentos da sociedade e, possivelmente, possuir crenças culturais e preferências que não estejam de acordo com as mudanças sociais.³⁹⁷

Disso não decorre que a análise normativa³⁹⁸ não possui espaço dentro do estudo da questão da privacidade como conceito. Na verdade, a análise normativa deve estar ligada ao exame de requisitos descritivos: a publicidade e a privacidade. Para evitar confusões, frisamos que o autor distingue o elemento da privacidade (este puramente descritivo) do conceito do elemento privacidade. Para o último, é necessária utilização de critérios descritivos e normativos, incluindo o elemento descritivo da privacidade.

³⁹⁵ STRAHILEVITZ, Lior. A Social Networks Theory of Privacy. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 3, p. 919-988, 2005.

³⁹⁶ STRAHILEVITZ, A Social... op., cit.

³⁹⁷ STRAHILEVITZ, A Social... op., cit.

³⁹⁸ Como quesitos de análise normativa da informação divulgada, o autor cita: estabelecimento ou não de interesse público legítimo e se é, ou não, altamente ofensivo para uma pessoa regular.

A segunda questão diz respeito à distinção objetiva-subjetiva da expectativa. Explica-se: o tribunal deve questionar as partes sobre o que deveriam esperar (dimensão objetiva) que ocorresse com a divulgação em detrimento do que elas de fato esperavam (dimensão subjetiva).

A última questão-chave seria estabelecer como o tribunal deve decidir qual das partes possui expectativas de privacidade razoáveis, ainda mais quando estas diferirem tanto. Uma das formas de responder a questão seria a análise pelo tribunal da probabilidade que essa informação teria de se tornar pública, estudando, por exemplo, a rede de comunicantes para determinar se a disseminação que ocorreu era provável ou mero acaso.

Decidir se a divulgação foi consensual, ademais, desempenha um papel central em determinar se fatos particulares são privados. Logo, é possível transportar tal teoria para o âmbito das redes sociais informáticas e, posteriormente, para o âmbito laboral.

Frise-se que tratar privacidade apenas do ponto de vista da norma jurídica posta pode gerar resultados que não estejam de acordo com a realidade, isso por causa da rapidez com que as tecnologias e normas sociais surgem e podem alterar as expectativas de privacidade. Em outras palavras “fazendo ‘privacidade’ uma questão de lei ameaça ossificar expectativas obsoletas de privacidade que existia em uma era anterior”.³⁹⁹ [tradução nossa].

De acordo com o autor: “se os cientistas estão discutindo redes de computadores, redes sociais ou biológicas, são frequentemente observados os mesmos padrões de estrutura de rede *scale-free*.”⁴⁰⁰ [tradução nossa]. A rede *scale-free* é marcada pela presença de nós periféricos e nós fortes. Em outras palavras, a rede de *scale-free* pode vir a ser aplicada em específico no âmbito do trabalho.

T. Z. ZARSKY, baseando-se na teoria das redes apresentada por L. STRAHILEVITZ, utiliza a força das relações (*strength of ties*) como critério de

³⁹⁹ “*Making “privacy” an issue of law threatens to ossify obsolete expectations of privacy that existed in an earlier era*”. STRAHILEVITZ, Lior. A Social Networks Theory of Privacy. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 3, p. 919-988, 2005. p. 983.

⁴⁰⁰ “*Whether scientists are discussing computer networks, social networks, or biological networks, the same “scale-free” patterns of network structure are frequently observable*”. In STRAHILEVITZ, A Social... op. cit., p. 947.

diferenciação entre as redes sociais por elas criadas ou mantidas. Logo, existiriam três formas de relações: fortes, intermediárias e fracas. Para o autor essa taxonomia faz-se necessária, pois a Internet promove uma grande variedade de interações sociais.

De acordo com a pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil em 2018, 126,9 milhões de brasileiros eram usuários da Internet. Isso consiste em 70% dos indivíduos com dez anos ou mais, com previsão de crescimento.

Utilização de redes sociais configurou-se como a segunda atividade mais citada: entre os usuários de Internet, 75% utilizaram redes sociais em 2018.⁴⁰¹

Um dos sites que despontam mundialmente como instrumento de compartilhamento de informações fornecidas pelos usuários por vontade própria, o *Facebook*, possui como *slogan* a seguinte afirmação: *Connect with friends and the world around you on Facebook*.⁴⁰² [Conecte-se com amigos e com o mundo ao seu redor no *Facebook*].

Ante o exposto, acreditamos que as redes sociais informáticas, por seguirem certos padrões que a categorizam como *scale-free*, possibilitam que, mediante a utilização de certos instrumentos jurídicos, analisemos, no âmbito da postagem, se o que foi postado por si só é uma informação (no sentido de que torna possível ao receptor entender a mensagem *per se*) e quais seus reflexos na relação de trabalho.

4.4. REDES SOCIAIS

a. Postagens em redes sociais

A primeira questão que devemos indagar é: para os tribunais brasileiros a postagem realizada em redes sociais são informações íntimas, ou, por terem sido postadas em rede social tornam-se automaticamente de domínio público?

De acordo com decisão proferida pelo TRT da 4^o Região e confirmada pelo TST,

⁴⁰¹ Comitê Gestor da Internet no Brasil. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros*. São Paulo: CGI, 2019. p. 122. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

⁴⁰² FACEBOOK. Disponível em: <https://www.facebook.com/>. Acesso em: 23 set. 2020.

"as redes sociais não são espaço privado, mas praticamente público, porquanto mesmo que uma pessoa não faça parte da sua rede de "amigos", tem acesso a qualquer dos seus comentários, postagem de fotos, vídeos, etc. por intermédio de terceiro. Não raro se verifica nas postagens do Facebook, a seguinte expressão "Fulano, amigo de beltrano, compartilhou o seu link"; ou "Fulano, amigo de sicrano, também comentou a foto de beltrano" e assim por diante. Os comentários feitos em rede social não se destinam apenas aos vinculados à rede de determinados amigos, porquanto esses têm outros tantos amigos, e aqueles outros tantos, o que permite que o conteúdo originalmente para determinado grupo inseridas na conta seja reproduzido para um número indeterminado de pessoas."⁴⁰³ [grifos nossos].

Ou seja, para a Jurisprudência, as informações postadas nas redes sociais abertas (o "mural", "feed", "linha do tempo") – o local onde o indivíduo pode exprimir suas opiniões, postar fotos, vídeos – tornam-se públicas.⁴⁰⁴

Partimos agora para a análise do valor conferido pela Jurisprudência ao fato de ser "amigo" de outrem em uma rede social. Para tanto, é necessário analisar os casos em que informações postadas em redes sociais abertas, como o *Facebook*, já estão sendo utilizadas como provas em ações trabalhistas.

A título de exemplo, para atestar existência de amizade íntima entre a parte e a testemunha, afastando o testemunho desta, vêm-se utilizando informações extraídas da referida rede social. Cita-se o caso em que houve a suspeição de testemunha em razão da comprovação de amizade íntima pela junção da análise das "fotografias extraídas do Facebook, mas também, e sobretudo, o relato da própria testemunha convidada pela autora, cujas declarações indicam que ambas

⁴⁰³ TST-AIRR-886-66.2012.5.04.0252. 3ª Turma. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. DANO MORAL. SÚMULA 126/TST. O Tribunal a quo decidiu a controvérsia com alicerce no conjunto fático-probatório dos autos, pelo que adotar entendimento contrário ao formulado demandaria reexame da matéria, inadmissível nesta via extraordinária, consoante orienta a Súmula 126 do TST. TST. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA: AIRR 886-66.2012.5.04.0252. Relator: Vania Maria da Rocha Abensur, AD: 19/08/2015. *JusBrasil*. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/66699750/processo-n-0000886-6620125040252-do-trt-4?ref=goto>. Acesso em: 20 out 2020

⁴⁰⁴ A título de exemplo: TJ/SP 11ª Comarca de Direito Privado. AC nº 1024539-80.2018.8.26.0002. Responsabilidade civil extracontratual Ação de obrigação de fazer c.c. reparação por danos morais Cerceamento de defesa não caracterizado Ofensas publicadas em postagens de rede social (*facebook*) Honras subjetiva e objetiva Presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil Danos morais configurados Extensão Dever de retratação que deve ser considerado cumprido Sentença reformada em parte Procedência da ação em parte Recurso provido em parte. TJSP. APELAÇÃO CÍVIL: AC 1024539-80.2018.8.26.0002. Relator: Gil Coelho. Data de publicação: 05/10/2020. *Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsa/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14030349&cdForo=0&uuid>. Acesso em: 27 out. 2020.

mantinham relacionamento social que ultrapassava o âmbito de trabalho e cujo convívio não era meramente virtual, mas concreto, inclusive com participação de uma na vida particular da outra (cerimônia de casamento)".⁴⁰⁵

Sobre a constatação de amizade em redes sociais, julgados afirmam que apenas a informação de amizade não é suficiente para configurar-se como prova de amizade íntima: "é natural que colegas de trabalho frequentem os mesmos espaços, tanto físicos como virtuais, sem que isso implique, necessariamente, a configuração da amizade íntima (...)".⁴⁰⁶

Ainda nesse sentido:

(...) fato de a testemunha figurar na lista de amigos do Facebook do reclamante (fl. 428), não havendo provas de que trocavam mensagens, vídeos ou que compartilhassem informações de cunho pessoal, é insuficiente para configurar a testemunha como amigo íntimo do autor tornando-o suspeito. Para configurar a amizade íntima seria necessária, pelo menos, a troca de mensagens. Acresço que a participação em redes sociais é um fenômeno moderno, massivo, e não tem como se concluir que a troca de comunicações eletrônicas extraídas de rede social (Facebook), ou o simplesmente fato de figurar na lista de "amigos", possa demonstrar que realmente havia relação de amizade íntima ao ponto de desencadear a não isenção de ânimo que caracteriza a testemunha suspeita, na forma do artigo 829 da CLT e artigo 447, § 3º, I, do CPC. Entendo que o simples fato de a testemunha contraditada figurar no

⁴⁰⁵ TST -AIRR-1000542-40.2018.5.02.0373. Acórdão 2ª Turma. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL RECONHECIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONTRADITA DE TESTEMUNHA. AMIZADE ÍNTIMA DEMONSTRADA POR MEIO DE PROVA ORAL E DOCUMENTAL (AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO LEGAL). HORAS EXTRAS. INTERVALOS INTRA E INTERJORNADAS. DESFUNDAMENTAÇÃO (INOBSERVÂNCIA DAS ALÍNEAS DO ART. 896 DA CLT). Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. TST. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA : AIRR 1000542-40.2018.5.02.0373. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes. Assinado digitalmente em 18/10/2020. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out 2020.

⁴⁰⁶ Nesse sentido: RECURSO DE REVISTA. TESTEMUNHA. SUSPEIÇÃO. VÍNCULO EM REDES SOCIAIS. DESCARACTERIZAÇÃO. A causa da suspeição adotada pela sentença seria o vínculo mantido entre parte e testemunha em redes sociais (Facebook, Whatsapp), eis que não se anotou a demonstração de outro elemento apto a revelar suposta amizade íntima. Surge acertada a conclusão do Regional, pois, ao superar a contradita acolhida no juízo da instrução, avaliou, face os elementos dos autos, a intensidade, ademais fluída, dos vínculos firmados em redes sociais que transitam pela rede mundial de computadores. É dizer, admitida a compreensão de que a manutenção de vínculos em redes sociais entre colegas de trabalho caracterizaria, por si, a existência de amizade íntima apta a configurar suspeição, em breve prazo, resultaria que não restariam pessoas aptas a servir como testemunhas compromissadas na Justiça do Trabalho. Com efeito, o estabelecimento de contatos entre colegas de trabalho em redes sociais na internet representa elemento cotidiano de urbanidade, tal como hodiernamente configurada. Não conhecido. [...] TST. RECURSO DE REVISTA : RR 637-78.2014.5.04.0371, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 04/03/2016. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out 2020.

"Facebook" do reclamante e vice-versa, por si só, não significa amizade íntima, uma vez que várias pessoas vão se "adicionando" nas redes sociais e logo possuem milhares de "amigos" virtuais, que na maioria das vezes não tem convivência íntima.⁴⁰⁷ [grifos nossos].

O julgado supracitado é extremamente importante, pois, por meio de decisões no mesmo sentido, podemos deduzir qual seria hoje o significado do "aceite" como amigo em redes sociais abertas. Embasando-nos em decisões nesse segmento, inferimos ser natural e recorrente que empregados tenham, em suas redes sociais, colegas de trabalho e até mesmo chefes. Em outras palavras, o mero "aceite" como amigo em rede social, como Facebook, Orkut, entre outros, não significa necessariamente a permissão de entrada em sua esfera íntima.

Outro julgado que merece atenção, por tratar-se de postagens realizadas após o fim do contrato de trabalho, consiste no caso de uma antiga funcionária de um *pet shop*, a qual publicou, na rede social Orkut, expressões ofensivas ao antigo empregador, além de descrever comportamentos inapropriados durante o exercício de sua atividade. Como exemplo, a antiga funcionária relatou que cometeu maus-tratos aos animais atendidos pelo *pet shop*.

Sobre esse caso, alguns pontos devem ser ressaltados: o primeiro diz respeito à identificação dos destinatários das ofensas. Apesar de as ofensas não serem nominadas ao empregador ou à empresa trabalhada de forma direta, julgou-se que era possível sua identificação pelos indivíduos que se relacionaram com as partes ou que tenham acessado a rede social da antiga funcionária. Outro ponto relevante consiste no reconhecimento do dano moral infligido, apesar de "o fato de

⁴⁰⁷ "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. Deixando a parte de opor embargos declaratórios, com a finalidade de obter pronunciamento sobre a matéria, resta precluso o momento de arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdiccional. Inteligência da Súmula 184 do TST. 2. TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO. O direito de ação comporta a faculdade de produção das provas tendentes à formação da convicção judicial, por meios legais e, moralmente, legítimos, em atenção ao ônus imposto pela Lei (CPC, arts. 369 e 373). A prova testemunhal é sempre admissível (CPC, art. 442) e, ainda persistindo controvérsia, não poderá ser afastada senão quando ocorrentes as hipóteses a que aludem os incisos I e II do art. 443 e do art. 447, também do CPC, e do art. 829 da CLT, o que não restou comprovado nos autos. 3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. TRABALHO EM MOTOCICLETA. Revela a Corte de origem que "é fato incontroverso que o autor era 'Auxiliar de Instalações' e desempenhava suas funções utilizando-se motocicleta para se deslocar até os clientes". Quando o acolhimento das arguições da parte depender, antes, do revolvimento de fatos e provas, impossível o processamento do recurso de revista. Inteligência da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido". TST. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA : AIRR-11067-79.2018.5.18.0009, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 25/10/2019. *Superior Tribunal do Trabalho*, 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 27 out 2020.

tais conversas não terem se tornado pública ou chegado ao conhecimento de outras pessoas”. Ressaltou-se, ainda, que houve prejuízo em razão de uma conduta desleal e antiética da antiga funcionária, “em virtude do meio (rede social) em que perpetradas as graves ofensas, sabendo-se que o número de acessos em tais redes é tão desconhecido quanto incontrolável.”⁴⁰⁸

Outro ponto-alvo de numerosos debates no âmbito da rede social orbita em torno desta questão: se uma postagem pode ter o condão de justificar a demissão do funcionário por justa causa. Assim, caso a resposta seja positiva, quais tipos ou formas de postagem se deliniriam no art. 482, k, da CLT: “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”.⁴⁰⁹

Diante dessas indagações os tribunais, já reconhecem que postagens, desde que com conteúdo ofensivo aos empregadores ou à empresa, sirvam de justificativa suficiente para ensejar a demissão por justa causa nos ditames do critério previsto no art. 482 da CLT.

A título de exemplo, citamos o caso de um antigo professor de uma instituição de ensino demitido por justa causa nos termos do art. 482, k da CLT, além de condenado a pagar cerca de quatro mil reais a título de danos morais, por ter postado publicamente, via *Facebook*, comentários depreciativos sobre a empresa, acusando-a de possuir “qualidade zero” no ensino, além de realizar “comércio de diplomas”. Nesse caso concreto, a decisão pontuou que os comentários postados maculam tanto do empregador como dos alunos.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. Prevalece o entendimento jurisprudencial nesta Corte no sentido de que a reapreciação, em sede de instância extraordinária, do montante arbitrado para a indenização de danos morais depende da demonstração do caráter exorbitante ou irrisório do valor fixado. No caso, a condenação decorreu da aferição dos danos suportados pelos reclamantes, considerando a gravidade da ofensa, a extensão do dano, o poder econômico do ofensor e o caráter pedagógico da pena. TST. RECURSO DE REVISTA: RR 625-74.2011.5.09.0001. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. DJ: 20/11/2012. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out 2020.

⁴⁰⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.... op. cit.

⁴¹⁰ Ementa: COMENTÁRIOS OFENSIVOS À IMAGEM DA RECLAMADA EM REDE SOCIAL. DANO MORAL. A inserção de comentários depreciativos a respeito da empregadora na rede social *facebook*, com acusações públicas de comercializar diplomas e ter “qualidade zero” no ensino é conduta desleal e antiética, causando, inegavelmente, prejuízo moral à empresa, pois é incontrolável o número de acessos que podem ser feitos ao site da instituição, sendo que referidos comentários não maculam apenas a relação entre empregado e empregador, atingindo, também,

No entanto, vale ressaltar que não se trata de qualquer postagem que justificaria a demissão por justa causa.⁴¹¹ Isso porque a justa causa é considerada a mais grave das sanções disciplinares.⁴¹²

Como adverte O. B. MAGANO, consiste na “falta culposamente grave consistente em inadimplemento contratual ou não, que, violando padrão de conduta previamente estabelecido, fira interesse substancial da empresa, tornando impossível o prosseguimento da relação empregatícia”.⁴¹³ [grifos nossos].

A título de exemplo cita-se a ação que tramitou no TRT da 2ª Região, na qual as reclamantes alegaram terem sido demitidas por justa causa por terem dançado *funk* (performando um movimento denominado “sarrada”) em um berçário patológico e postado no *Facebook* utilizando-se da ferramenta *Boomerang*.

Outro importante argumento utilizado pelos tribunais com o escopo de justificar a limitação do direito à livre manifestação do pensamento do empregado

possíveis clientes ou candidatos a clientes da empresa (alunos), o que torna mais grave o ato. TRT18 - RO - 0002330-09.2012.5.18.0006. Desembargadora: Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque.

⁴¹¹ TST-AIRR-2361-81.2015.5.02.0034. 7ª Turma. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – DIREITO DO EMPREGADO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À HONRA E À IMAGEM DA EMPRESA - JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA OFENSIVA E A PENA MÁXIMA DE DISPENSA. No caso dos autos, verifica-se que o fato, por si só, de a empregada emitir opinião pessoal nas redes sociais sobre a qualidade da alimentação fornecida pela empresa, em configuração de privacidade restrita ao seu círculo de amizade, e na condição de consumidora dos serviços hospitalares da demandada, não configura gravidade suficiente a ensejar a dispensa por justa causa, mormente quando não consignadas outras faltas cometidas pela autora em sua grade curricular, nem observada a graduação de penas para legitimar a resolução contratual, que se dera, com efeito, de forma abrupta, em decorrência do único fato referido, que não se demonstra grave o bastante para a dissolução do liame empregatício existente entre as partes – frise-se. Considerando tais premissas fáticas, extrai-se do acórdão regional a ausência de proporcionalidade entre a sanção máxima de dispensa com a falta funcional praticada, tendo em vista que a reclamada agiu com rigor excessivo ao proceder à rescisão contratual por justa causa. O ato praticado pela reclamante não ensejou seu enriquecimento ilícito, nem gravidade suficiente que impossibilitasse a subsistência do vínculo de emprego. Ao contrário, a conduta da reclamante insere-se no exercício do direito de liberdade de expressão de opinião e pensamento, assegurado constitucionalmente no art. 5º, IV, da Carta Política de 1988. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. TST. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA : AIRR-2361-81.2015.5.02.0034. Relator: Ministro Vieira de Melo Filho. Assinado digitalmente em: 28/06/2016. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out 2020.

⁴¹² ROMITA, O Poder... op. cit., p. 55.

⁴¹³ MAGANO, *Do Poder...* op. cit., p. 178-179.

nas redes sociais trata curiosamente do art. 187 do CC⁴¹⁴, que regula o abuso de direito. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. JUSTA CAUSA. COMENTÁRIO DEPRECIATIVO PUBLICADO EM REDE SOCIAL. CONFIGURAÇÃO. A Constituição Federal assegura o direito à livre manifestação do pensamento, elevando o seu exercício ao nível de garantia fundamental. Todavia, esse direito não pode ser exercido de forma ilimitada ou inconsequente, devendo o seu titular praticá-lo de modo responsável. Tanto assim que o artigo 187, do Código Civil, dispõe que "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". No caso dos autos, restou comprovado que a autora publicou, em rede social, comentários depreciativos sobre a empregadora, praticando ato lesivo à sua honra e boa fama, sobretudo quando se considera a repercussão e o alcance que a informação pode ter, por conta do meio em que foi divulgada. Houve, portanto, nítida quebra da fidúcia na relação entre as partes estabelecida, o que autoriza a aplicação da justa causa prevista no citado artigo 482, "k", da CLT. Não há se falar em rigor excessivo ante o poder lesivo do ato praticado, porquanto essa única atitude da reclamante revelou-se capaz de elidir toda a fidúcia que deve permear as relações do trabalho, além de macular a reputação da empresa, mormente considerando que a citada rede social possui alcance irrestrito. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento.⁴¹⁵ [grifos nossos].

Ainda quanto ao julgado acima, vale destacar a “quebra de fidúcia” mencionada. Vale lembrar que, em capítulo anterior, consideramos que a relação de emprego contém certa característica de fidúcia que, quando quebrada, impossibilita a manutenção da relação de emprego.

b) “Curtidas”

No que diz respeito às “curtidas” ou *likes*, vale citar o caso em que um funcionário curtiu uma série de comentários realizados por um antigo empregado da mesma empresa, no *Facebook*, com conteúdo ofensivo à empregadora, por isso foi demitido por justa causa. É importante frisar que a decisão não se baseou exclusivamente no fato de o empregado ter “curtido” as mensagens. Concomitantemente havia também comentários com onomatopeias que, de acordo com a linguagem virtual, representam risos e gritos. Apesar de a defesa ter

⁴¹⁴ Art. 187, CC: 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. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002... op. cit.

⁴¹⁵ TRT 2ª REGIÃO. RO 0000574-35.2013.5.02.0083. Rel. Jane Granzoto Torres da Silva. Data de Publicação: 14/06/2016. TRT2, 2016. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00005743520135020083>. Acesso em: 28 out. 2020.

argumentado que a curtida e os comentários teriam sido realizados no intuito de desencorajar as postagens ofensivas, tal argumento não foi acolhido pelo juízo. Este ainda afirmou que “não se sabe o alcance das redes sociais, isso sem contar que o recorrente afirma que outros funcionários da empresa também eram seus amigos no Facebook”.⁴¹⁶

Vale citar o caso ocorrido nos Estado Unidos, em que empregados alegaram terem sido demitidos pelo *sheriff* B. J. Roberts após sua reeleição, por terem demonstrado apoio nas redes sociais a Jim Adams, seu oponente em eleição, curtindo sua página no Facebook. A importância do caso está relacionada com a análise realizada pelo tribunal sobre uma curtida no *facebook*. Ou seja, se a curtida em rede social estaria sob a proteção constitucional nos ditames da *First Amendment*⁴¹⁷, a qual visa proteger principalmente o direito à liberdade de expressão.

Em oposição à decisão em primeira instância, *The Court of Appeals* afirmou que curtir uma página gera declarações verbais no perfil do usuário e trata de um pronunciamento. Logo, estaria protegido pelo direito à liberdade de expressão.⁴¹⁸

c) Utilização de ferramentas de auxílio “hashtag” e “compartilhamento”.

⁴¹⁶ TRT 15.1ª Vara de Trabalho de Jundiá. ROPS Nº 0000656-55.2013.5.15.0002. A C O R D A M os Magistrados do(a) 9ª Câmara - Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, em (nos exatos termos do voto proposto) "conhecer do recurso ordinário do reclamante, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e no mérito dar parcial provimento para excluir da condenação as multas pela litigância de má-fé, mantendo-se a improcedência da ação.". Votação unânime. TRT 15. RECURSO ORDINÁRIO, PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO: ROPS 0000656-55.2013.5.15.0002. Relatora: Patrícia Glugovskis Penna Martins. Data da Publicação 14/03/2014. TRT15, 2014. Disponível em: <https://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pidproc=2118800&pdblink=>. Acesso em: 28 out 2020.

⁴¹⁷ “*First Amendment: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*.” “O Congresso não fará nenhuma lei que não esteja em conformidade com o respeito à religião, ou que proíba seu livre exercício; ou que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de elaborar uma petição ao governo com suas queixas.” [tradução nossa]. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: 14 out. 2020.

⁴¹⁸ THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT. Appeal n. 12-1671. Disponível em: https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/bland_v._roberts_appeal_-_facebook_amicus_brief.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

Outro caso que merece menção trata da demissão por justa causa de uma funcionária que, além de postar, em sua rede social, comentários pejorativos à empresa, utilizou-se de um instrumento que amplia a visualização do comentário: utilizou-se de *hashtags* (“#”). Para o juízo, a utilização da hashtag apresenta-se como agravante da conduta da antiga funcionária, reafirmando por isso a demissão por justa causa. De acordo com o julgado:

“As redes sociais ampliaram muito a capacidade de expressão dos cidadãos, especialmente quanto ao alcance da interlocução. qualquer comentário possui um potencial ofensivo muito maior, pois as interações entre os participantes são rápidas, constantes e reiteradas, havendo mesmo casos de comentários formulados há muitos meses, que são visualizados e comentados, tornando-se novamente tópico de conversações. Desta forma, todo cuidado é pouco quando o desejo é fazer comentários reservados, eis que a própria colocação do comentário em rede já caminha em sentido oposto ao da discrição.”⁴¹⁹

Contudo, não é qualquer falta cometida pelo empregado que justifica a demissão nos ditames da justa causa.⁴²⁰

Outro instrumento utilizado no mundo virtual para alavancar a disseminação das informações postadas está disponível na maior parte das redes sociais. No Facebook, por exemplo, esse instrumento é cunhado de “compartilhar”, enquanto no Twitter, de *Retweet*:

Nesse sentido a Jurisprudência manteve-se clara em responsabilizar não apenas os criadores do conteúdo ofensivo como também os que optaram por o

⁴¹⁹ EMENTA: Justa causa. Atentado à honra ou boa fama do empregador. Configuração. As redes sociais ampliaram muito a capacidade de expressão dos cidadãos, especialmente quanto ao alcance da interlocução. qualquer comentário possui um potencial ofensivo muito maior, pois as interações entre os participantes são rápidas, constantes e reiteradas, havendo mesmo casos de comentários formulados há muitos meses, que são visualizados e comentados, tornando-se novamente tópico de conversações. Desta forma, todo cuidado é pouco quando o desejo é fazer comentários reservados, eis que a própria colocação do comentário em rede já caminha em sentido oposto ao da discrição. Recurso Ordinário obreiro não provido. TRT2. RECURSO ORDINÁRIO : RO 1000891-55.2014.5.02.0382. Relator: Davi Furtado Meirelles. DEJT: 17/12/2014. TRT2, 2014. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10008915520145020382>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁴²⁰ ROT Processo nº 1000621-78.2019.5.02.0342. TRT2 · 11ª Turma - Cadeira 3 · 2ª Vara do Trabalho de Itaquaquecetuba EMENTA: Rescisão por justa causa. Necessária gravidade do ato típico. A falta apta a motivar a dispensa de um empregado há de ser grave o suficiente a ponto de tornar insustentável a continuidade do contrato de trabalho. Essa não é a hipótese dos autos. Recurso da reclamante a que se dá provimento, neste quadrante. TRT2. ROT 1000621-78.2019.5.02.0342. Relator: Flavio Villani Macedo. DEJT: 14/02/2020. TRT2, 2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10006217820195020342> Acesso em: 28 out. 2020.

compartilharem: “(...) Há responsabilidade dos que “compartilham” mensagens e dos que nelas opinam de forma ofensiva, pelos desdobramentos das publicações(...)”.⁴²¹

Todavia, no que diz respeito às redes sociais, o empregador não pode utilizar-se de instrumentos a ele concedidos em função do contrato de trabalho para obter informações do trabalhador. Em outras palavras, o empregador não pode instalar *softwares* que obtenham senhas e outras informações pessoais inseridas no computador, *smartphone*, ou outro aparelho fornecido pela empresa com fins laborais. Ou ainda a utilização, comercialização ou publicação (desde que fora de um âmbito judicial) de informações cedidas em razão do contrato laboral.

Porém, o uso de meios fora do âmbito laboral pelo empregador, visto como cidadão, não nos parece abuso do poder diretivo. Caso a informação tenha sido fornecida voluntariamente – o que percebemos ser uma tendência social – pelo empregado e a tenha transformado em algo público – como publicá-la em um perfil aberto de *Facebook* –, não se pode falar em legítima expectativa de privacidade, podendo essa informação vir a ser utilizada pelo empregador inclusive como justificativa para demissão por justa causa.

Desse modo, muitos julgados mesmo que não façam menção ao termo por nós utilizado, seguem essa mesma linha.

⁴²¹ RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RÉS QUE DIVULGARAM TEXTO E FIZERAM COMENTÁRIOS NA REDE SOCIAL “FACEBOOK” SEM SE CERTIFICAREM DA VERACIDADE DOS FATOS - ATUAÇÃO DAS REQUERIDAS QUE EVIDENTEMENTE DENEGRIU A IMAGEM DO AUTOR, CAUSANDO-LHE DANOS MORAIS QUE PASSIVEIS DE INDENIZAÇÃO - LIBERDADE DE EXPRESSÃO DAS REQUERIDAS (ART. 5, IX, CF) QUE DEVE OBSERVAR O DIREITO DO AUTOR DE INDENIZAÇÃO QUANDO VIOLADA A SUA À HONRA E IMAGEM, DIREITO ESTE TAMBÉM CONSTITUCIONALMENTE DISPOSTO (ART. 5, V, X, CF) - VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS QUE DEVE SER REDUZIDO PARA FUGIR DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA PARTE PREJUDICADA, PORÉM, MANTENDO O SEU CARÁTER EDUCACIONAL A FIM DE COIBIR NOVAS CONDUTAS ILÍCITAS - SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA, PARA MINORAR O QUANTUM INDENIZATÓRIO. TJSP. APELAÇÃO: APL 4000515-21.2013.8.26.0451. Relator: Neves Amorim. DJ: 26/11/2013, *Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118726228/apelacao-apl-40005152120138260451-sp-4000515-2120138260451>. Acesso em: 28 out. 2020.

CONCLUSÃO

Como visto, o fenômeno tecnológico não deixou incólume a tradicional disputa entre o poder do empregador *lato sensu* e os direitos dos empregados, sejam como tais, sejam como apenas cidadãos.

O poder, de acordo com os ditames foucaultianos, não é algo estático. No âmbito laboral, este se altera mediante uma série de critérios, desde o tempo e a cultura até o regime estatal a que a empresa está submetida. Percebemos que o fenômeno do poder foi modificado pela inserção de novas e mais acessíveis tecnologias, reorganizando sua distribuição e fortalecendo, em vários sentidos, a vigilância ou fiscalização, o que tornou possível maior controle da vida privada dos indivíduos. No entanto, conforme já explorado, o fenômeno de maior fiscalização não ocorreu apenas dentro da esfera do direito do trabalho, consistindo, na realidade, em uma verdadeira tendência global.

Ademais, de acordo com Montesquieu: “é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é evado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites. (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder tenha o poder”.⁴²² Transportando a máxima para a esfera laboral o detentor do poder diretivo muito provavelmente será levado a cometer abusos. Dito de outra forma, é inconteste a preocupação de que as novas tecnologias se tornem instrumento facilitador para o aumento da assimetria já existente entre as partes no âmbito laboral.

Percebemos que são vários os limites previstos ao poder diretivo do empregador. Esse, como vimos, não trata de uma forma de sujeição do empregado ao empregador. Em síntese, o poder conferido ao empregador tem como função facilitar e propiciar o atingimento dos objetivos almejados pela empresa, e não a satisfação de interesses egoísticos do empregador. Ademais, o exercício do poder diretivo deve estar em conformidade com os princípios constitucionais referentes à função social do contrato.

Entre os limites frequentemente aludidos ao poder diretivo, citam-se as normas previstas na Consolidação das Leis de Trabalho, nos acordos e/ ou

⁴²² MONTESQUIEU, *Do espírito...* op. cit., p. 229.

convenções coletivas (legislação), o próprio contrato de trabalho e os direitos de personalidade do empregado.

No entanto, não se deve perder de vista que todos os limites supracitados possuem uma base fundamental, supralegal, em comum: o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana. Isso, ao aceitar ser parte de um contrato laboral, tornando-se, portanto, empregado, este não se “despe” de forma alguma dos direitos fundamentais garantidos a qualquer pessoa. O trabalhador é, frise-se, antes de tudo, um cidadão.

Nesse sentido, o reconhecimento de novos direitos de personalidade, ou de novas formas de expressão de direitos já conhecidos, deve estar alinhado com as mudanças sociopolíticas enfrentadas pela sociedade.

Nesse contexto, acreditamos ser um indiscutível avanço a positivação de direitos até então não reconhecidos aos cidadãos, da mesma forma que a previsão de limites mais específicos ao poder diretivo. Entretanto, deve-se estar atento para que o texto legal não seja um instrumento que obstaculize ou impeça a proteção de direitos fundamentais. Caso contrário, tratar-se-ia, na realidade, de lesão aos princípios basilares que fundam o próprio Estado Democrático de Direito.

Indiscutivelmente um dos fenômenos que mais geraram impactos na sociedade nos últimos anos foi a evolução rápida de mecanismos tecnológicos que facilitam a interação entre seres humanos, como as redes sociais. O impacto desse fenômeno nas relações de emprego é contundente e suas margens restam ainda indefinidas. Contudo, percebemos que as redes sociais e a internet como um todo alteraram a própria morfologia do Direito do Trabalho.

Diante disso, observamos que o legislador, em razão do rápido crescimento desse meio de comunicação e de seus reflexos na sociedade, produziu a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, comumente conhecida como Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil e, de forma mais recente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).

Desse modo, apesar de termos percebido uma mudança de perspectiva normativa, é essencial que, de forma concomitante, se analisem os remédios legais e os critérios utilizados pelos tribunais para o julgamento das novas demandas

surgidas em detrimento da inserção das inovações tecnológicas no seio da sociedade moderna.

Na realidade, deve-se reconhecer que o fenômeno tecnológico é amplo demais para apenas analisá-lo sob a ótica jurídica. Torna-se fundamental para o estudo das consequências do avanço tecnológico e seus reflexos nas relações jurídicas e, em especial, nas relações de trabalho, a associação com outras áreas do conhecimento científico, como a psicologia, a ciência de dados, entre outras.

Tudo isso considerado é possível deduzir que o avanço tecnológico e, por consequência, a proliferação de instrumentos fiscalizatórios tratam de um fenômeno irrefreável que ameaça de forma cristalina, a classe dos direitos fundamentais, com especial destaque ao direito à privacidade, o qual, por sua vez, vem sendo alvo da própria transformação.

Neste estudo, propusemos que a inserção de tecnologias na sociedade trouxe consequências aparentemente díspares: modernização e massificação de instrumentos fiscalizatórios aliados à dilapidação do direito à privacidade. O assunto ganha ainda mais importância quando analisado dentro de uma relação em que as partes se encontram em patamares distintos, prevalecendo um dos atores: o empregador.

Não é por outra razão, portanto, que o ordenamento jurídico laboral tem por objetivo e dever proteger o elo mais fraco da relação, o empregado. Nesse sentido, é fundamental o empenho do operador de direito em proteger os direitos do empregado.

Em contrapartida, o operador do direito deve ter em vista as mudanças sociais ocorridas ou ainda em movimento, como a massificação da utilização voluntária por empregados de ferramentas que transformam informações privadas ou íntimas em públicas.

REFERÊNCIAS

LEGISLAÇÃO

ALEMANHA. [Constituição (1911)]. Die Verfassung des Deutschen Reichs („Weimarer Reichsverfassung“) vom 11. August 1919. Disponível em: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Grundgesetz Für Die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <HTTPS://WWW.GESETZE-IM-INTERNET.DE/GG/BJNR000010949.HTML>. Acesso em: 01 out. 2020

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*.

_____. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*.

_____. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*.

_____. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*.

_____. [Constituição (1967)] *Constituição da República Federativa do Brasil*

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

_____. Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942, Seção 1, p. 13635.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 ago. 1943, Seção 1, p. 11.937.

_____. Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 dez. 1972, Seção 1, p. 11065.

_____. Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jun. 1973, Seção 1, p. 5585.

_____. Decreto nº 73.626, de 12 de fevereiro de 1974. Aprova Regulamento da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 fev. 1974, Seção 1, p. 1642.

_____. Lei nº 8.231, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991, Seção 1, p. 14.809.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regula o inciso XII, parte final, do Artigo 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1996, Seção 1, p. 13.757.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.271, de 15 de abril de 2016. Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 abr. 2016, p. 1, col. 1.

_____. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. Lei de Abuso de Autoridade. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 set. 2019, Seção 1, Edição Extra. p. 1.

ESPAÑA. [Constituição (1978)] *Constitución Española*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo de 1982. De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 14 mayo 1982, n. 115, p. 12546-12548.

FRANCE. *Code Civil*. Version consolidée au 1 septembre 2020. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, Acesso em: 11 set. 2020.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Constitution. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID,P62_LANG_CODE:2453907,fr:NO#declaration. Acesso: 02 out. 2020.

ITALIA. [Constituição (1947)]. *Costituzione dela Repubblica Italiana*. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>, Acesso em: 11 set. 2020.

_____. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 38. DJ: 5/4/1973. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0038s-73.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE: 990. DJ: 20/4/1963. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/varie/sem-inf99/Cass_1963.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. Codice civile 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile> Acesso em: 19 set. 2020.

_____. Statuto dei lavoratori 2020. Il testo aggiornato della legge 300/1970. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori>. Acesso em: 19 set. 2020.

MÉXICO. *Ley Federal del Trabajo*. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf. Acesso em: 08 de out. 2020.

PORTUGAL. [Constituição (1933)]. Constituição Portuguesa de 1933. Disponível em : http://cadeiras.iscte-iul.pt/SDir/SDir_1k_Doc_ConstP_1933.pdf. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. [Constituição (1973)]. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Lei nº 7 de 2009. Código de Trabalho português. *Diário da República*, Lisboa, n. 30/2009, Série 1 de 12 fev. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34546475/view>. Acesso em: 17 set. 2020.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344. Código Civil. *Diário do Governo*, Lisboa, nº 274/1966, Série 1 de 25 nov. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202009171824/73747564/diploma/indice>. Acesso em: 17 set. 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC: 73351 SP, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, DJ: 09/05/1996. *JusBrasil*, 1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corporus-hc-73351-sp>. Acesso em: 28 out. 2020.

TRT2. RECURSO ORDINARIO: RO 0000574-35.2013.5.02.0083. Rel. Jane Granzoto Torres da Silva. Data de Publicação: 14/06/2016. *TRT2*, 2016. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00005743520135020083>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. RECURSO ORDINÁRIO: RO 1000891-55.2014.5.02.0382. Relator: Davi Furtado Meirelles. DEJT: 17/12/2014. *TRT2*, 2014. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10008915520145020382>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. ROT 1000621-78.2019.5.02.0342. Relator: Flavio Villani Macedo. DEJT: 14/02/2020. *TRT2*, 2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10006217820195020342>. Acesso em: 28 out. 2020.

TRT 15. RECURSO ORDINÁRIO, PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO : ROPS 0000656-55.2013.5.15.0002. Relatora: Patrícia Glugovskis Penna Martins. Data da Publicação 14/03/2014. *TRT15*, 2014. Disponível em: <https://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pidproc=2118800&pdblink=>. Acesso em: 28 out. 2020.

TRT-18. RO: 0001260-79.2011.5.18.0009, GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS FEITAS PELO EMPREGADOR. LICITUDE. Relator: ALDON DO VALE ALVES TAGLIALEGNA, DJ: 07/02/2012, 1ª Turma.

TJSP. APELAÇÃO : APL 4000515-21.2013.8.26.0451. Relator: Neves Amorim. DJ: 26/11/2013, *Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118726228/apelacao-apl-40005152120138260451-sp-4000515-2120138260451>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. APELAÇÃO CÍVIL: AC 1024539-80.2018.8.26.0002. Relator: Gil Coelho. Data de publicação: 05/10/2020. *Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2020. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14030349&cdForo=0&uuid>. Acesso em: 27 out. 2020.

TST. Acórdão do Processo nº RR-996100-34.2004.5.09.0015. Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho. Publicado em 18.02.2009. *Jurisprudência TST*, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#63f1074a507ebd9b2db05362ba7598a>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. RECURSO DE REVISTA: RR 625-74.2011.5.09.0001. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. DJ: 20/11/2012. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA : AIRR 886-66.2012.5.04.0252. Relator: Vania Maria da Rocha Abensur, AD: 19/08/2015. *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/66699750/processo-n-0000886-6620125040252-do-trt-4?ref=goto>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. RECURSO DE REVISTA : RR 637-78.2014.5.04.0371, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 04/03/2016. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA : AIRR-2361-81.2015.5.02.0034. Relator: Ministro Vieira de Melo Filho. Assinado digitalmente em: 28/06/2016. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. RECURSO DE REVISTA: RR-1793-64.2016.5.12.0030. Relator: Dora Maria da Costa, DJ: 23/10/2019 *Jurisprudência TST*, 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8f568cff22cb064a53fe98d6e910501c>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. RECURSO DE REVISTA: RR 7936420165120030, Relator: Dora Maria da Costa, DJ: 23/10/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2019. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA: AIRR-11067-79.2018.5.18.0009, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 25/10/2019. *Superior Tribunal do Trabalho*, 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. RECURSO DE REVISTA: RR1347-42.2014.5.12.0059, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. DEJT: 26/06/2020. *JusBrasil*. 2020. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869026866/recurso-de-revista-rr-13474220145120059?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 1000542-40.2018.5.02.0373. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes. Assinado digitalmente em 18/10/2020. *Tribunal Superior do Trabalho*, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 28 out. 2020.

THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT. Appeal n° 12-1671. Disponível em: https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/bland_v_roberts_appeal_-_facebook_amicus_brief.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Cour Européenne des Droits de L'Homme. AFFAIRE NIEMIETZ c. ALLEMAGNE (Requête n° J13710/88). Strasbourg, 16 décembre 1992. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62344> Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Cour Européenne des Droits de L'Homme. AFFAIRE PECK c. ROYAUME-UNI (Requête no 44647/98). Strasbourg, 28 janvier 2003. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65455>. Acesso em: 15 set. 2020.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Rui. *O Poder de Direcção do Empregador: Configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida: diálogos com David Lyon*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BELTRAN, Ari Possidonio. Direito do Trabalho: Limites do Poder e outras Questões da Atualidade. *Revista do Advogado*, v. 25, n. 82, p.10-21, 2005.

BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. Direito do Trabalho: *Limites do Poder e Outras Questões da Atualidade*. *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 82. São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, 2005.

BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

BOTIJA, Eugenio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1948.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. 2. ed. Coimbra: Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

CATHARINO, J. M. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. I.

CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil Interpretado – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 13. ed. Barueri: Manole, 2020.

COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*. Chicago: Callaghan and Company, 1879.

Comitê Gestor da Internet no Brasil. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros*. São Paulo: CGI, 2019. p. 122. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso: 03 out. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil IV, Parte Geral: Pessoas*. 4 ed. Coimbra: Almedina. 2016.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2018.

COSTA JR, Paulo Jose da. *O Direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1970.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DAL-RE, Fernando Valdés. Prólogo. In: ROMÁN, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DURAND, P.; JAUSSARD, R. *Traité de Droit du Travail*. Paris: Librairie Salloz, 1947. v. I.

FACEBOOK. Disponível em: <https://www.facebook.com/>. Acesso em: 23 set. 2020.

FERNANDES, Milton. Os direitos da Personalidade. In: BARROS Hamilton de Moraes et al. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

FILHO, Evaristo de Moraes; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FRANÇA, R. Limongi. Direitos da Personalidade – Coordenadas Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Civil Parte Geral: Pessoas e Domicílios – Aspectos Gerais, Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas e Domicílio*. São Paulo: RT, 2011. v. 3, cap. 35.

_____. Direitos Privados da Personalidade. In: STOCO, Rui, *Doutrinas Essenciais – Dano Moral – Teoria do Dano Moral e Direitos da Personalidade*. São Paulo: RT, 2015. v.1.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de Pessoa no Direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Civil -Parte Geral: Pessoas e Domicílio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. III, p. 55-81.

GUIDINI, Mario. *Diritto del Lavoro*. Parte Generale – Diritto Sindacale – Contratto individuale di lavoro - Controversie del Lavoro. Padova: CEDAM, 1976.

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

JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du Travail*. Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1978.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LENER, Angelo. Potere – Diritto Privato. In: CALASSO, Francesco. *Enciclopedia del Diritto*: XXXIV. Milano: Giuffré Editore, 1995, p. 610-642

LEWICK, Bruno. *A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática: a Necessidade de Proteção soa Dados Pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MAGANO, Octavio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho: a Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v. II.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, v. 23, p. 296- 313, 2003.

MALLET, E. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 199-226, 2009.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1978.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 56, p. 247-266, out./dez. 1977.

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

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. v. 7.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro Geral dos Direitos da Personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 106/107, p. 131-132, dez./jan. 2011/2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações individuais e coletivas do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 40. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade.; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. I. t. I.

OLEA, Manuel Alonso; BAAMONDE, Maria Emilia Casa. *Derecho del Trabajo*. 17. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 100, p. 147-167, jan./dez. 2005.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Campo de Aplicação do Direito do Trabalho – Sujeitos: Empregador e Empregado. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de Direito do Trabalho – Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 2.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PAVELSKI, Ana Paula. *Os Direitos de Personalidade do Empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*. Curitiba: Jaruá, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Situações Laborais Individuais*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 2.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância – a Privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIGAUX, F. La liberté de la vie privée. *Revue internationale de droit comparé.*, v. 43, n. 3, jul./set. 1991.

ROMÁN, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992.

ROMITA, Arion Sayão. *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1983.

ROMITA, Arion Sayão. Os Poderes do Empregador e os Deveres do Empregado na Relação de Emprego, segundo Délio Maranhão, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 37-52, jul./set. 2015.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SANSEVERINO, Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. Trad. Orlando Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador - a tese do poder disciplinar compartilhado. *LTr: Revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 5, p. 545-556, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SILVA, Orosimbo Nonato da. Personalidade, *In: SANTOS, J. M. De Carvalho. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. XXXVII.

SILVA, J. A. da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STRAHILEVITZ, Lior. A Social Networks Theory of Privacy. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 3, p. 919-988, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I.

TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

TOMASEVICIUS FILHO, E. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão e privacidade e a privacidade renunciada. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 129-169, dez. 2014.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 20. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2017.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 18. ed. Padova: CEDAM, 1971.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VILE, John R. *Essential Supreme Court Decisions: summaries of leading cases in U.S constitutional law*. 16. ed. Maryland: Rowman & Littlefield, 2014.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, Boston, 1890.

WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

ZARSKY, Tal. Law and Online Social Networks: Mapping the Challenges and Promises of User-Generated Information Flows. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, v. 18, n. 3, 2008. p. 31.

ZANFARINO, Antonio. a) Filosofia del Diritto, I Potere (in generale). In: CALASSO, Francesco. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore. vol. XXXIV. p. 599-609.