



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E AS NOVAS
TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Guilherme Neuenschwander Figueiredo

Orientador: Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número do candidato: 20150189

Fevereiro de 2019

Lisboa

Agradecimentos

Agradeço imensamente a minha esposa pela paciência de sempre, a minha filha por compreender as minhas horas de ausência, a minha Mãe pelo incentivo ao estudo, e aos professores portugueses pela oportunidade de aprendizado além-mar, com deferência especial ao orientador, Prof. Dr. Carlos C. Proença, pelo direcionamento ao estudo e fundamentais intervenções.

RESUMO

No contexto do poder diretivo, os trabalhadores atuais são confrontados por diversos mecanismos tecnológicos que restringem a privacidade, como a videovigilância, o controle por meio de GPS, a fiscalização do *e-mail*, o monitoramento permanente da *internet*, do uso do telemóvel, dentre outros instrumentos capazes de traçar um perfil detalhado dos dados pessoais dos trabalhadores. Estas influências tecnológicas ganham importância conceitual e jurídica de maneira diferenciada entre Brasil e Portugal, isto sobre o viés da tutela dos direitos da personalidade e os efeitos sobre a dignidade da pessoa humana. No caso, fica claro o alto teor regulamentar de Portugal sobre as NTIC, enquanto que, no caso brasileiro, não existem regras expressas sobre a proteção dos direitos da personalidade do trabalhador quiçá a respeito do direito à privacidade. Neste diálogo luso-brasileiro, o presente estudo apresenta algumas soluções encontradas pela jurisprudência a respeito das NTIC no contexto laboral, nomeadamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade como método de ponderação dos conflitos entre normas de direito fundamental. A máxima da proporcionalidade e a teoria dos princípios referenciados por Robert Alexy¹ poderá ser o caminho seguro para resolução destes casos “difíceis” e controversos.

Palavras-chaves: Poder Empregatício – Limites – Novas Tecnologias – Direitos Fundamentais – Princípio da Proporcionalidade.

¹ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014. p. 118. ISBN 978-85-392-0073-3

ABSTRACT

In the context of the directive power, current workers are confronted by several technological mechanisms that restrict privacy, such as video surveillance, GPS control, e-mail surveillance, permanent *Internet* monitoring, cell phone use, other tools capable of drawing a detailed profile of the employees' personal data. These technological influences gain conceptual and juridical importance in a differentiated way between Brazil and Portugal, this on the bias of the protection of the rights of the personality and the effects on the dignity of the human person. In this case, it is clear the high regulatory content of Portugal on ICT, while in the Brazilian case there are no explicit rules on the protection of the rights of the worker's personality, perhaps regarding the right to privacy. In this Portuguese-Brazilian dialogue, the present study brings to the reader's knowledge some solutions found by jurisprudence regarding NICT in the labor context, namely by applying the principle of proportionality as a method of weighing conflicts between norms of a fundamental right. The maxim of proportionality and the theory of principles referenced by R. Alexy² may be the sure way to solve these "difficult" and controversial cases.

Keywords: Employment Power - Limits - New Technologies - Fundamental Rights - Principle of Proportionality.

² ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014. p. 118. ISBN 978-85-392-0073-3

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I – Direitos da personalidade, dignidade da pessoa humana e sua condição de direito fundamental.....	11
1.1. Generalidades	11
1.2. Os direitos da personalidade: conceito, terminologia, características e objeto	12
1.3. Do direito geral da personalidade humana	16
1.4. Os direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana	17
1.5. Os direitos de personalidade e direitos fundamentais: paralelismos	20
1.6. A tutela geral dos direitos da personalidade nas relações de trabalho.....	22
1.7. Os direitos da personalidade no Código do Trabalho.....	25
1.8. Da eficácia civil dos direitos fundamentais sociais	27
CAPÍTULO II - A privacidade e os direitos da personalidade na relação de trabalho ...	31
2.1. Generalidades	31
2.2. A privacidade: sua historicidade e evolução jurídica	32
2.3. Intimidade e privacidade: Terminologia.....	34
2.4. Da privacidade na relação de trabalho.....	37
2.5. A autodeterminação informativa e a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores.....	39
CAPÍTULO III – Do poder empregatício e sua (im)possibilidade de harmonização com a privacidade do trabalhador	45
3.1. Do direito fundamental à liberdade de iniciativa econômica privada e o direito de propriedade	45
3.2. Do contrato de trabalho sob o pálio da liberdade e autonomia de vontade do empregador	46
3.3. O Poder empregatício: Conceito e caracterização	48
3.4. Espécies do Poder Empregatício: Diretivo, Disciplinar e Regulamentar	50
3.5. Fundamentos do poder empregatício.....	52

3.6. Natureza jurídica do poder empregatício.....	54
3.7. Os limites do poder empregatício	55
3.8. O Poder diretivo (e de controle) no contexto das NTIC.....	57
3.9. Do Direito à Desconexão como contraponto ao avanço tecnológico e limitador do Poder Diretivo	61
CAPÍTULO IV. Das NTIC nas relações de trabalho – propriedade <i>versus</i> privacidade	65
4.1. Generalidades	65
4.2. Do controle da navegação da <i>internet</i> no contexto laboral e a “ <i>razoável expectativa da privacidade</i> ”	66
4.3. Da utilização do <i>e-mail</i>	79
4.4. Da utilização do <i>e-mail</i> corporativo	82
4.5. Da instalação de câmeras de vigilância na empresa – fiscalização a distância	87
4.6. Do exercício do poder da empresa no tratamento de dados provenientes da geolocalização no contexto laboral.....	92
4.7. Da resolução do conflito entre normas de direito fundamental: O princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação	97
CONCLUSÃO.....	104
FONTES DOCUMENTAIS	107

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
GPS	<i>Global Positioning System</i>
LPD	Lei de Proteção de Dados
NTIC	Novas Tecnologias de Informação e Comunicação
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia
STF	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ	Supremo Tribunal de Justiça de Portugal
TC	Tribunal Constitucional de Portugal
TST	Tribunal Superior do Trabalho do Brasil
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

INTRODUÇÃO

“A vigilância exercida torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”³

No contexto pós-industrial, o avanço tecnológico e científico não só agregou inúmeros fatores positivos ao caminhar da humanidade, como também concentrou uma infinidade de práticas potencialmente destinadas ao cerceio de liberdades individuais e ao menosprezo dos direitos humanos.

Exemplo facilmente detectável é o desrespeito à privacidade do indivíduo, seja no lar, seja no emprego. Aliás, no ambiente de trabalho, o meio pelo qual se invade a privacidade adquire contornos mais dramáticos a depender do caso, especialmente em função da desigualdade de forças entre empregado e empregador. Os meios utilizados são variados nesta relação conflituosa: a exigência de exames médicos de cunho genético (“carimbo de exclusão genética”⁴), a captação de imagens e som no ambiente de trabalho, a biometria, o monitoramento das correspondências enviadas e recebidas pelos *e-mails*, o controle sobre as páginas de acesso e o seu conteúdo na rede mundial de computadores, o controle sobre as opiniões pessoais e a suas crenças na manifestação do pensamento nas redes sociais, o controle sobre as atividades partidárias e sindicais, o controle didático da jornada de trabalho pelos *smartphones* e GPS, a espionagem da vida íntima nas redes sociais, enfim, estas e tantas outras atitudes tendentes ao cerceamento das liberdades individuais.

No presente caso, limitar-se-á o estudo aos fatos mais comumente vistos no contexto da privacidade do trabalhador sob o pálio da NTIC (Novas Tecnologias de

³ FOUCAULT, Michel – Vigiar e Punir. 35ª ed. São Paulo: Editora vozes, 1998. p. 147.

⁴ AMADO, João Leal – Temas Laborais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. p. 25.

Informação e Comunicação), como exemplo, o controle do acesso ao *e-mail* no ambiente de trabalho, seja ele corporativo ou não. Estes episódios, em certa medida, assumem o caráter panóptico do controle da vida e rotina do trabalhador e, como tal, merece estudo individualizado dos casos no âmbito do direito comparado especialmente entre Brasil e Portugal. O método utilizado é o dedutivo e terá como base a pesquisa exploratória da doutrina e jurisprudência.

No *primeiro* capítulo, será tratado o processo civilizatório da proteção dos direitos da personalidade e a importância contemporânea dos direitos fundamentais, nomeadamente a proteção da privacidade nas relações de trabalho. A leitura do capítulo servirá para justificar, no final da dissertação, o caráter conflituoso dos princípios de direitos fundamentais e qual a solução a ser dada pelo intérprete para a aplicação do direito ao caso concreto. Tudo isto para encontrar o fundamento axiológico dos limites do poder empregatício frente às liberdades individuais.

Ainda neste capítulo e, na condição de base de justificação, o comparativo dos sistemas jurídicos entre Brasil e Portugal é de suma importância para extrair o melhor de cada sistema jurídico a respeito da efetiva tutela da personalidade.

O *segundo* capítulo versará sobre a proteção da privacidade no contexto das novas tecnologias, a sua condição de direito fundamental, sua historicidade e evolução, seguido pela sua aplicabilidade nas relações de emprego. A sua importância estrutural de construção do argumento é de suma importância, ainda mais por imprimir a condição de direito subjetivo, fundamental, inato e do qual se vê protegido não somente de maneira vertical, por expressão protetiva do particular em face do Estado, mas também horizontal, entre os particulares.

O *terceiro* capítulo inverte a proposição inicial para demonstrar o tão forte poder empregatício e sua decisiva influência na execução do contrato de trabalho. É neste contexto que a autonomia de vontade se vê relativizada em detrimento do poder diretivo do empregador e do direito fundamental de propriedade e livre iniciativa, previstos nos textos constitucionais do Brasil e Portugal.

O *quarto* capítulo evolui nos aspectos jurídicos e objetivos das modalidades de fiscalização pelas NTIC, a estrutura de proteção e tutelar da privacidade, inclusive sobre o aspecto da proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador, e quais dos sistemas jurídicos dentre Brasil e Portugal que oferecem maior proteção aos trabalhadores.

Este último capítulo propõe solucionar o conflito existente entre valores discordantes (privacidade *versus* propriedade) nos casos de aplicação dos direitos fundamentais da utilização das NTIC no ambiente de trabalho, analisando: Qual a solução jurídica a ser adotada para garantir que as circunstâncias fáticas adequadas e necessárias serão menos gravosas ao trabalhador?

Assim, como garantir a proteção da personalidade àquele trabalhador vigiado em seu ambiente de emprego e rotineiramente “assediado”? A máxima da proporcionalidade e a teoria dos princípios referenciados por Robert Alexy⁵ poderão ser o caminho seguro para resolução destes casos “difíceis” e controversos.

A solidez teórica pela qual se espera encontrar nas próximas páginas tem a prerrogativa de justificar algumas respostas adotadas pela jurisprudência como solução das possibilidades fáticas e jurídicas aos casos concretos.

O objetivo visa proporcionar melhor compreensão entre os resultados jurídicos encontrados no Brasil e em Portugal, e qual o campo de proteção aos direitos da personalidade dos trabalhadores; isto desvinculado das condições socioeconômicas e políticas entre os países-irmãos. A discussão e confronto de ideias dar-se-á no campo jurídico e da efetividade dos direitos fundamentais em jogo.

⁵ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014, p. 118.

CAPÍTULO I – Direitos da personalidade, dignidade da pessoa humana e sua condição de direito fundamental

1.1. Generalidades

Corolário do avanço científico na era pós-industrial, as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC) propiciaram alterações substantivas no modo de vida das pessoas e nos direitos da personalidade do indivíduo, nomeadamente vinculadas com a recolha e tratamento dos dados pessoais. A sociedade de informação levou o ser humano a descobrir novos valores e sentimentos provenientes destas novas tecnologias, pois se, no passado, foi difícil identificar a passagem da sociedade rural para a industrial, também *“hoje percebemos que há uma grande mudança em andamento, o declínio da sociedade industrial e de seus modelos”*⁶ para uma sociedade em plena mutação pelo *“avanço tecnológico das últimas décadas quer na agricultura com a biotecnologia, quer na indústria com a robótica, a automação e também a biotecnologia”*⁷.

Renê Dotti assegura que, para *“delimitar alguns contornos entre os direitos da personalidade frente ao progresso tecnológico das últimas décadas, muitos países e vários organismos internacionais têm reservado atenções ao grave problema que pode ser analisado à luz de uma síntese: a síntese do Homem como senhor e escravo da tecnologia”*⁸. E a sociedade moderna tem expropriado ao homem o direito à individualidade que lhe pertencia no passado, integrando-a nas grandes massas como um grão de areia entre tantos outros grãos.

Esta individualidade mostra-se prejudicada também nas relações de trabalho. Para os empregadores, as NTIC vieram dar uma nova configuração às relações laborais diante de uma gama de aparatos tecnológicos que lhe permitem efetivar, de forma mais eficaz, o controle sobre o resultado do trabalho, podendo exercer seu poder de direção e disciplina, restringindo a privacidade do trabalhador.

⁶ DE MASI, Domênico - **Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora SENAC, 1999. p. 48.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa – **Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2000. p. 291.

⁸ DOTTI, René Ariel – **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 28.

E, de fato, a introdução das NTIC às relações de trabalho trouxe uma infinidade de vantagens ao empregador, a despeito dos potenciais riscos acrescidos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo a privacidade. Com estas novas tecnologias, há um aumento desmesurado da capacidade de acumulação de informação e permite ao empregador reconstruir, a partir de dados aparentemente inócuos e inofensivos, o perfil do trabalhador, que poderá ser utilizado com os fins mais diversos⁹.

Consequentemente, a proteção geral da personalidade humana precisa adaptar-se a este novo tempo¹⁰ no âmbito do direito civil e em outros da ciência jurídica, como no caso do direito do trabalho, pelo desequilíbrio de forças entre empregado e empregador.

Nesta linha, Alexandre Agra Belmonte ressalta que:

“(…) As relações de trabalho tendem a se tornar cada vez mais dinâmicas em decorrência da inserção de equipamentos sofisticados e avançados para o desenvolvimento dos meios de produção, bem como em razão das novas técnicas de gestão administrativa”¹¹.

Assim, a rigor, justifica-se o caráter ilimitado dos direitos da personalidade e a necessidade permanente da proteção jurídica em prol da dignidade da pessoa humana. Neste sentido e pela relevância da temática, a fundamentação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho será objeto das próximas páginas como justificação necessária ao tema proposto.

1.2. Os direitos da personalidade: conceito, terminologia, características e objeto

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos essenciais pelos quais o ser humano não existiria como tal, e dos quais os demais direitos perderiam o seu valor e interesse; designa-se por esta fórmula um certo número de poderes jurídicos pertencentes

⁹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação: Contributo para um Estudo dos Limites do Poder de Controlo Electrónico do Empregador**. Coimbra: Ed. Almedina, 2010. p. 27.

¹⁰ “Tempo e espaço, espaço e tempo, na era da tecnologia da informação e das comunicações, é a tónica da sociedade pós-moderna, por onde deve mover-se o Direito do Trabalho.” (ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de - **Direito do Trabalho e pós-modernidade. Fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Editora LTR, 2005).

¹¹ BELMONTE, Alexandre Agra – **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ed. LTR, 2013. p. 105.

a todas as pessoas¹², por força do seu nascimento. Como toda pessoa é dotada de personalidade, o meio pelo qual podem reclamar o exercício da cidadania garantida constitucionalmente é através dos direitos da personalidade.

Conceitualmente, Adriano de Cupis define os direitos de personalidade como “*aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo*”¹³, e que se tornou premente, entre outras razões, pelos avanços científicos e técnicos no mundo contemporâneo pela alta exposição do ser humano, com revelações indesejáveis e não consentidas, embora somente no século XX se pôde construir a dogmática dos direitos da personalidade, pela valorização da dignidade da pessoa humana¹⁴.

Os direitos da personalidade são indispensáveis à pessoa humana e ao seu desenvolvimento, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a emprestar-lhe segura e avançada tutela jurídica¹⁵. Considerada a personalidade como conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade indicam exatamente verdadeiros direitos subjetivos e, por corolário, possibilitam a pessoa defender o que é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, entre outros¹⁶.

Do ponto de vista terminológico,¹⁷ Orlando Gomes considera ter sido mais aceita pela doutrina a denominação de direitos de personalidade empregada por Gierke, a despeito de outras nomenclaturas, como direitos individuais (*Kohle*), direitos sobre a própria pessoa (*Windsheid*), direitos pessoais (*Wachter*), direitos de estado (*Muhlenbruch*), direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos¹⁸.

¹² Na concepção da natureza humana, a personalidade é compreendida, do ponto de vista jurídico, como um bem tutelado pelo direito, o qual a pessoa humana é titular de alguns direitos e obrigações. Para Maria Helena Diniz: “*Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ela reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.* (DINIZ, Maria Helena – **Teoria Geral do Direito Civil**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 130.)

¹³ DE CUPIS, Adriano – **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Quorum, 2008. p. 43.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 121.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSEVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil**. 10ª Ed. Salvador: Ed. JusPodvm, 2012. p. 173.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 121.

¹⁷ A despeito da distinção terminológica no Brasil e em Portugal, enquanto na primeira diz-se direitos da personalidade, e naqueles direitos de personalidade, “*esta última é apontada na obra de Geike e tem sido essa terminologia a que maior número de adeptos alcançou, chegando mesmo a ser consagrada por várias legislações.* (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis – **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 90).

¹⁸ GOMES, Orlando - **Introdução ao Direito Civil**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 114.

E pelas suas características fundamentais, são direitos inatos¹⁹, absolutos, necessários²⁰, extrapatrimoniais, vitalícios, imprescritíveis, impenhoráveis, e oponíveis “*erga omnis*”²¹, além de intransmissíveis e indisponíveis²².

Para Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade:

“Prevalecem sobre todos os demais direitos, que, em eventual conflito, fazem ceder; impõem-se como condicionantes da ordem jurídica, na exata medida do respeito à individualidade humana; prosperam por toda a vida da pessoa e, alguns, mesmo após a morte e indelevelmente (como o direito às criações intelectuais, que é perene, sob o aspecto moral); não se transmitem a outrem; (...) não sofrem prescrição, podendo afirmar-se a qualquer momento; não podem ser objeto de penhora em juízo; opõem-se contra toda a coletividade, à qual cabe o dever geral de abstenção, ou seja, de não praticar qualquer ato de ameaça ou de turbação.”

Dentre as características mais marcantes, a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade são determinantes; não se pode vender a vida, a liberdade de pensamento ou a própria honra, muito menos renunciar a tais direitos, embora a lei possa relativizá-los, em determinados casos, como é o caso da previsão no artigo 11 do Código Civil Brasileiro, ao dispor que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, com exceção aos casos expressamente previstos em lei²³.

De todo modo, a eventual disponibilidade aos direitos da personalidade, seja pela lei ou pela autonomia de vontade, outras manifestações podem ser tidas como lícitas e razoáveis aos fins a que se destinam, como àquelas convenções que não contrariem a ordem pública aplicáveis sobre bens não essenciais, como a autorização para a publicação de foto pessoal, nos casos desprovidos de perigo de dano (venda do próprio cabelo humano), ou mesmo em caso de perigo, este risco seja socialmente aceitável (trabalho em contato com agentes perigosos) e, por fim, as convenções motivadas por interesse legítimo para sua própria vantagem (cirurgias em seu favor), ou vantagem alheia e coletiva (experiências médicas e farmacêuticas)²⁴.

¹⁹ A este respeito, Adriano de Cupis, em seu livro, considera que “os direitos inatos são todos eles direitos da personalidade, mas pode verificar-se a hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que, todavia, uma vez revelados, adquirem caráter de essencialidade.

²⁰ Neste sentido, autores como Maria Helena Diniz, Orlando Gomes e Santos Cifuentes.

²¹ BITTAR, Carlos Alberto - **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1994. p. 73.

²² DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 51.

²³ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

²⁴ CAPELO DE SOUSA, Radindranath V. A. – **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 408/409.

Estes direitos, pela sua condição de inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana, e do qual vale a lição de Diogo Leite Campos, ao afirmar que “*cada ser humano só pode dispor do seu corpo e do espírito na medida necessária para a sua humanização*”²⁵. A relativização é tratada por Maria Helena Diniz²⁶ ao considerar ponderada a disponibilidade destes direitos, como a possibilidade de cessão ao Estado da foto do titular para o seu cadastro em registro de identidade, ou de outras condições contratuais previamente estipuladas:

“Logo, os direitos da personalidade poderão ser objeto de contrato como, por exemplo, o de concessão ou licença para o uso de imagem ou de marca (se pessoa jurídica); o de edição para divulgar uma obra ao público; o de merchandising para inserir em produtos uma criação intelectual, com o escopo de comercializá-la (...) como se vê a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa.”

Do ponto de vista dos bens jurídicos tutelados, o direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, entre outros. São aqueles que consubstanciam a identidade, a liberdade, a igualdade, a segurança e a participação, a honra, a reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida privada e o desenvolvimento de cada homem, sendo certo que a essência e o dinamismo de tais bens continuam a residir na ideia geral da personalidade humana²⁷. Para Carlos Alberto da Mota Pinto, trata-se de um “*círculo de direitos necessários: um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa*”²⁸. Canotilho elenca os direitos de personalidade como os direitos de estado (por ex.: direito da cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física e direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal e direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)²⁹.

²⁵ CAMPOS, Diogo Leite – **Lições de Direitos da Personalidade**. Coimbra: Ed. Almedina, 1995. p. 71.

²⁶ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 135.

²⁷ CAPELO DE SOUSA, Radindranath V. A., *op. cit.*, p. 247.

²⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. p. 212.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 376.

1.3. Do direito geral da personalidade humana

Parte da doutrina portuguesa entende pela existência de uma concepção sistemática e geral da personalidade humana no artigo 70.º do Código Civil, ou melhor, um direito geral da personalidade humana com objetivo definido de proteger o ser humano de modo mais seguro e eficaz.³⁰

Favoravelmente a esta concepção, Capelo de Sousa³¹ considera a existência de um direito geral da personalidade:

“O que, aliás, bem se entende na medida em que o homem actual vem compreendendo que a tutela multipartelar das suas diferentes expressões da personalidade acaba por torná-lo uma presa fácil, que a pretexto de dar-lhe um bem de que carece ou julga carecer, acaba por castrá-lo no essencial da sua personalidade.”

Neste sentido, e em certa medida, o direito geral permitiria que, com o passar do tempo e por efeito da experiência humana ou da apreciação de casos específicos pelos tribunais, pudesse o legislador instituir novos direitos em espécie, decalcando-os do direito geral da personalidade³². O direito geral da personalidade cuida de proteger a pessoa em todas as relações e sua esfera íntima; sua essência é fruto da doutrina e jurisprudência, resultado de avanço constitucional³³, e tem, como cláusula genérica, a função de adequar as várias garantias jurídicas às exigências sempre novas de tutela da pessoa³⁴.

Somente com o reconhecimento de uma cláusula geral de proteção, de conteúdo principiológico a ser preenchido no caso concreto pela jurisprudência, auxiliada pela doutrina, é que se pode garantir, com eficiência, a tutela da pessoa humana sob as mais variadas formas de violações³⁵.

³⁰Em Portugal, há forte dissenso quanto à aceitação da ideia de direito geral da personalidade, com a notável divergência entre a Escola de Direito de Coimbra, que lhe é favorável, e a Escola de Direito de Lisboa, que é majoritariamente contrária ao seu reconhecimento como uma categoria autônoma ou necessária.

³¹CAPELO DE SOUSA, Radindranath V. A., *op. cit.*, p. 247.

³²MIRANDA, Jorge - **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 18.

³³WESTERMANN, Harry - **Código Civil Alemão: parte geral**. tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1991. p. 40-42.

³⁴TRABAUCCHI, Di Alberto - **Instituzioni di Diritto Civile**. Roma: Ed. CEDAM, 2010. p. 95.

³⁵FARIAS, Cristiano Chaves e ROSEVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil**. 10ª Ed. Salvador: Ed. JusPodvm, 2012. p. 202-203.

No Brasil, por outro lado, alguns doutrinadores consagrados entendem que o Código Civil não regulou a condição de um direito geral da personalidade, apenas direitos especiais, como é o caso do entendimento de Maria Helena Diniz³⁶:

“Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objeto primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais.”

Em verdade, não seria possível a existência de rol taxativo para a proteção dos diversos aspectos da personalidade, pois estes direitos estão em constante evolução, tendo o escopo de assegurar uma categoria fundamental para a efetivação da dignidade humana³⁷. Como dito por Menezes Cordeiro³⁸:

“Os direitos da personalidade apenas traduzem, em termos descritivos, um núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecidos. Mas a pessoa humana é bem mais rica, promovendo novos e variados meios dogmáticos para a sua defesa e requerendo círculos alargados de influência para a sua realização”.

A compreensão atual dos direitos da personalidade necessita ser enxergada sob a ótica civil-constitucional, pois a **dignidade da pessoa humana determina o efetivo conteúdo dos direitos de personalidade.**

1.4. Os direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana

Como abordado no tópico anterior, a dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligada aos direitos supra referidos e, nos dias de hoje, é vista como a base fundamental da proteção do ser humano e está presente na maioria das constituições democráticas e em diversos documentos internacionais.

³⁶ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 139.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSEVALD, Nelson, *op. cit.* p. 173.

³⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes – **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, tomo I. 3ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2011. p. 374.

Mas nem sempre foi assim. A sua importância principiológica somente adveio com o fortalecimento do constitucionalismo nas sociedades democráticas³⁹ na segunda metade do século XX e após os horrores nazifascistas; isto em função da nova hermenêutica constitucional, de cunho axiológico, respaldada, entre outros, pela força normativa da Constituição⁴⁰ e pela releitura do princípio da legalidade pelos pós-positivistas”

Para Paulo Bonavides⁴¹:

“Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da constituição, o centro da gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficavam na parte organizacional da Lei Magna – separação dos poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal- se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende como os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade sob a égide do Estado Social..”

Igualmente, ressalta Konhad Hesse⁴²:

“A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional.”

Na condição de norma de superposição, a teoria material da constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim⁴³, subordinando a ação do poder político e a organização da vida econômica, cultural e social. O movimento decisivo de valorização da dignidade, especialmente pelo aviltamento aos direitos fundamentais e direitos da personalidade na 2ª guerra mundial, ocorrera no plano internacional através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela ONU em 1948, e daí inúmeras Constituições concentraram esforços para

³⁹ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Pensar a Justiça, 2016. p. 115.

⁴⁰ No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, Luiz Roberto – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 262).

⁴¹ BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015. p. 513.
⁴² HESSE, Konhad – **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 208.

⁴³ “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 180).

colocar a dignidade no centro do sistema constitucional, como é o caso da Alemanha com a Constituição de Bonn de 1949⁴⁴, de Portugal em 1976 e no Brasil em 1988.

A dignidade da pessoa humana, depois de transformada em princípio constitucional, passou a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico, o que levou muitos operadores a considerá-la como ponto de partida do sistema jurídico, seu valor fonte⁴⁵. Daqui decorre que a pessoa humana – é o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim, e decorrerá daí igualmente que a estrutura e a ação do poder político e a organização da vida econômica, cultural e social está subordinada ao respeito e ao desenvolvimento da pessoa humana⁴⁶.

A dignidade tornou-se o pilar do Estado democrático de direito, com reflexos nos demais ramos do Direito, como o direito civil. É nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, em especial aos direitos da personalidade, tanto pela vinda destas normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios⁴⁷. Somente com o pós-guerra é que os direitos da personalidade ganharam força e estão presentes em inúmeras codificações pelo mundo⁴⁸.

Na concepção de Daniel Sarmento, a proteção da dignidade da pessoa humana caminhou junto ao fortalecimento dos direitos da personalidade, e mais do que isso:

“A proteção da personalidade humana exigida pela Constituição impõe uma redefinição de todos os conceitos e institutos do Direito Privado, filtrados sob a ótica humanista latente na Lei Maior, e pressupõe, também, a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, às relações privadas”⁴⁹.

Diante disso tudo, evidente que a dignidade da pessoa humana, elevada ao *status* de princípio constitucional, é o mais importante princípio do direito privado e do direito público, regendo todos os demais, o que acabou por determinar a releitura da legislação

⁴⁴ Cf. “A posituação jurídico-constitucional não “dissolve” nem “consome” quer o momento de “jusnaturalização” quer as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade). CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 378.

⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil Teoria Geral**. 13.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 72.

⁴⁶ CAPELO DE SOUSA, Radinbranath, *op. cit.* p. 93.

⁴⁷ BARROSO, Luiz Roberto – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 368.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSEVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil**. 10ª Ed. Salvador: Ed. JusPodvm, 2012. p. 171.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel – **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 122.

civil, em especial no que atine aos direitos da personalidade⁵⁰, isto sem contar a efetividade da tutela jurisdicional no plano normativo dos direitos subjetivos do qual decorreu a evolução dos direitos “e correspondem às duas faces de uma mesma moeda: uma de natureza proclamatória, de consagração de direitos; outra de cariz garantístico, onde avulta o controlo do seu respeito”⁵¹.

1.5. Os direitos de personalidade e direitos fundamentais: paralelismos

A despeito da proximidade entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade não obstante largas zonas de coincidência, é correto afirmar que “*não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade*”⁵².

Ambos apresentam distinções fundamentais no campo doutrinário com reflexos na relação entre particulares e na tutela final do Estado, ainda mais pelo fato de que grande parte dos direitos fundamentais são considerados direitos da personalidade, contudo, nem todos os direitos fundamentais podem ser considerados como direitos de personalidade⁵³.

Os direitos fundamentais⁵⁴ nasceram como normas de “resistência ou de oposição” do indivíduo livre frente aos abusos do Estado liberal, reflexos de um “status negativo”, cuja pretensão “*do indivíduo ao seu reconhecimento e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada*”⁵⁵.

Já os direitos da personalidade tutelam a personalidade humana e os seus valores, tendo como objetivo principal a dignidade da pessoa humana. As disposições concernentes aos direitos da personalidade valem nos casos de relações paritárias entre particulares ou entre particulares ou entre eles e o Estado destituído do seu poder⁵⁶.

⁵⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis – **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 79.

⁵¹ PROENÇA, Carlos. Proteção jurisdicional efetiva na União Europeia: evolução e perspectivas (ou expectativas) futuras. **Debater a Europa**, [S.l.], n. 15, p. 83-103, nov. 2016. ISSN 1647-6336. Disponível em: <<http://impactum-journals.uc.pt/debatereuropa/article/view/3815>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁵² MIRANDA, Jorge - **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 16.

⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *op.cit.*, p. 396.

⁵⁴ Assim conceituados por Canotilho como “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. (CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003).

⁵⁵ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014. p. 118.

⁵⁶ ZANINI, Leonardo E. de Assis – **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p 59.

Ao tratar dos direitos fundamentais constata-se a existência de relações de direito público opondo-se os particulares ao próprio Estado. A sua eficácia, a doutrina equipara a sua aplicação ao que é chamado pelos publicistas alemães como *drittwirkung*⁵⁷. Exemplo normativo desta vinculação é a Constituição Portuguesa de 1976, artigo 18.º, I, o qual impõe às entidades públicas e privadas a observância aos direitos, garantias e liberdades indistintamente, também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁵⁸; no campo do direito comunitário, o tratado de *Maastricht* positivou o reconhecimento e a garantia, pela União, dos direitos fundamentais previstos na CEDH, a qual contempla um *standard mínimo* de tutela de direitos partilhado por 47 países europeus, entre eles os Estados membros da UE⁵⁹. No Brasil, embora a previsão constitucional do artigo 5.º, §1º reconheça a aplicação imediata dos preceitos fundamentais, não distingue o destinatário, se particular ou não, embora a doutrina pacifique a questão, havendo maior controvérsia em saber como e de que forma a eficácia horizontal aplica, **direta**⁶⁰ e **imediata** ou **indireta e mediata**⁶¹.

⁵⁷ A teoria foi apreciado na Corte Constitucional Alemã, conhecido como o caso Luth, de 1958, cujo confronto ocorreu para garantir o direito de livre expressão ao Judeu Erich Luth em detrimento ao interesse privado erigido pelo Código Civil Alemão. O caso versou sobre boicote promovido por Luth contra o filme de Veit Harlan (antigo nazista), cujas intensas críticas levaram ao filme ao fracasso; inconformado, Harlan propõe ação judicial com base nos preceitos de indenização civil, mas sem sucesso, em especial pela prevalência da livre expressão do pensamento como direito fundamental. A partir deste caso consolidou-se teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera civil, entre particulares.

⁵⁸ Em relação às relações de trabalho, a decisão proferida pelo STF, em julgamento do RE 161.243-6/DF, da lavra do Ministro Carlos Velloso, conferiu eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho entre trabalhador estrangeiro e nacional para primazia do princípio da igualdade: “*CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE.. C.F., 1967, art. 153, § 1o, C.F., 1988, art. 5º, caput. I. – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1o; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célso Borja, RTJ 119/465. III. – Fatores que autorizariam a desigualdade não ocorrentes no caso. IV. – R.E. conhecido e provido.” (STF, RE-161243-6/DF, 2a Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 19.12.1997).”*

⁵⁹ PROENÇA, Carlos. Proteção jurisdicional efetiva na União Europeia: evolução e perspectivas (ou expectativas) futuras. *Debater a Europa*, [S.l.], n. 15, p. 83-103, nov. 2016. ISSN 1647-6336. Disponível em: <<http://impactum-journals.uc.pt/debatereuropa/article/view/3815>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁶⁰ A eficácia direta compreende a vinculação dos “*indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias*”, enquanto a segunda, indireta ou mediata, a “*vinculatividade exercer-se-ia prima facie sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias*”. É o caso da conformação da norma fundamental ao papel mediador do legislador na regulamentação das relações entre os particulares.

⁶¹ Entre nós, este entendimento é enunciado por Ingo Wolfgang Sarlet (Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 372).

Claro que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas para preservar os princípios ontológicos da norma fundamental, especialmente no caso da colisão de direitos fundamentais.

No caso dos direitos da personalidade, a sua base institucional específica, tanto no Brasil como em Portugal, se dá por intermédio do Código Civil, como campo normativo primário, e neste caso, a vinculação é **direta** aos atores privados e ao próprio Estado, isto em razão da sua condição de direitos absolutos “porque possuem eficácia contra todos (ou seja, são oponíveis *“erga omnis”*).

Contudo, nos tempos atuais, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção do direito geral de personalidade, vinculado à dignidade da pessoa humana, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa⁶².

1.6. A tutela geral dos direitos da personalidade nas relações de trabalho

Na seara laboral e com maior ênfase na fase contratual, o instrumento representativo da restrição profunda aos direitos da personalidade é concretizado pela celebração do contrato de trabalho, momento em que o empregado cede ao empregador o poder de direção de sua atividade laboral e de sua força produtiva, em contraprestação ao salário recebido para sua subsistência mensal e diária.

A limitação da liberdade contratual ocorre em situações de desigualdade econômica entre a pessoa física – destinatária do direito fundamental – e a pessoa jurídica a ela vinculada contratualmente, como no caso da relação de trabalho. Nesta relação se sujeita a subordinação jurídica do contrato de trabalho de uma parte para com a outra, com isto, naturalmente a autonomia de vontade é represada em prol do poder empregatício. A colisão de interesses e dos direitos fundamentais é facilmente detectável nesta realidade contratual.

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 534.

Por força desta sujeição, os direitos de personalidade encontram-se em causa em todo e qualquer contrato de trabalho⁶³, até porque a autonomia de vontade é limitada e ainda mais pelo empregado aceitar submeter-se à autoridade e direção do empregador.⁶⁴

Esta desigualdade de forças na celebração do contrato de trabalho merece tratamento especial e proteção jurídica adequada, isto em função da autolimitação dos direitos da personalidade do empregado em razão do poder diretivo do empregador.

Assim, o direito do trabalho afirmar-se como um direito personalista⁶⁵ para proteger a parte mais fraca, ameaçada por diversas situações, como assédio e atos vexatórios e humilhantes que podem lesar gravemente a sua personalidade⁶⁶. A dialética das relações jurídicas, desse modo, passa a apresentar um pluralismo de direitos e situações subjetivas, dificilmente enquadráveis nos vetores da certeza e infalibilidade do Código Civil típico do século anterior.

Esta é a visão de Guilherme Dray⁶⁷:

“A Matéria dos direitos de personalidade é determinante numa lógica de proteção da dignidade humana. O Direito do Trabalho não podia permanecer à margem desta lógica de proteção da pessoa e dos bens que diretamente lhe dizem respeito, quando é certo que o seu princípio orientador é o “princípio da proteção do trabalhador.”

A justificativa para uma tutela diferenciada no domínio laboral em detrimento da tutela geral apresenta-se pela especificidade da própria relação de emprego e o risco de violação aos direitos. O intervencionismo estatal justifica-se basicamente para proteger a parte mais fraca da relação jurídica, condição tutelar não garantida pela legislação civil ordinária, até porque:

“sabendo-se que a disponibilização da força de trabalho a favor de outrem importa sempre alguma restrição da personalidade, necessário se torna estabelecer que essa restrição não seja excessiva, o que o novo Código vem determinar através da imposição a cada um dos sujeitos da relação jurídica laboral do dever de respeitar a personalidade da laboral e o envolvimento global da personalidade do trabalhador no vínculo laboral, que decorrem do relevo do elemento de pessoalidade no contrato, fazem com que os perigos de violação

⁶³MALLET, Estêvão. **Direito, trabalho e processo em Transformação**. São Paulo: Revista Ltr, 2005. p. 8.

⁶⁴MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 131.

⁶⁵DRAY, Guilherme – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016. p. 161.

⁶⁶MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 131.

⁶⁷DRAY, Guilherme, *op. cit.*, 161.

daqueles direitos no caso do trabalhador sejam, também eles, muito maiores, o que justifica a sua especial proteção”⁶⁸.

A importância de sua expressão no CT demonstra a relevância do instituto e a preocupação com a formação e execução do contrato de trabalho, no campo da validade, nomeadamente para regulamentar o trabalho digno, seus princípios e preceitos legais aplicáveis aos direitos da personalidade.

Com isto, o direito do trabalho assume papel de protagonista nesta seara, *“prescindindo-se por esta via de eventuais esquemas de transposição direta ou indireta de preceitos constitucionais e de regras ou princípios do direito civil”*⁶⁹.

Esta justificativa ganha realce pelo avanço da tecnologia e pelas novas formas de ofensa aos direitos da personalidade, reflexo de uma intrusão panóptica na vida do trabalhador. Na concepção de Teresa Coelho Moreira⁷⁰:

“As NTIC tiveram e têm uma enorme repercussão no desenvolvimento do Direito do trabalho dando origem, mesmo, a um novo tipo de controlo, o controlo eletrónico do empregador. O uso destas novas tecnologias, principalmente a internet e o e-mail, tornou o controlo do empregador cada vez mais presente e intrusivo, afectando em cada vez maior grau a privacidade dos trabalhadores (...) O problema da utilização destas novas formas de comunicação está no facto de o empregador poder servir-se delas para finalidades nem sempre legítimas, disfarçadas com biombo linguísticos sob a forma de interesses produtivos e comerciais, quando na realidade pode ser de controlo puro e duro que se trate.”

É inegável que as ofensas aos direitos da personalidade dos trabalhadores são circunstâncias que afetam a liberdade, a dignidade e a prevalência dos princípios fundamentais do trabalho humano. São inúmeros os exemplos de desrespeito à privacidade nas relações de trabalho, como a revista íntima, controle de dados pessoais, videovigilância, gerenciamento das mensagens eletrônicas, testes e exames médicos dos mais diversos, inclusive toxicológico, entre outros, mas todos necessariamente utilizados em favor do direito da propriedade em detrimento da dignidade do trabalhador.

⁶⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 191.

⁶⁹ DRAY, Guilherme, *op. cit.* p. 161.

⁷⁰ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação: Contributo para um Estudo dos Limites do Poder de Controlo Electrónico do Empregador**. Coimbra: Ed. Almedina, 2010. p. 39-40.

No objeto do presente estudo, interessa a proteção da privacidade do trabalhador no âmbito da relação de emprego e sua submissão aos dispositivos tecnológicos, dia a dia, pela lógica do sistema contratual inerente às relações de emprego, como se pudesse, o trabalhador, dispor de sua honra e privacidade em prol de mecanismos artificiais criados somente para controlar a rotina laboral, em detrimento da liberdade e privacidade.

1.7. Os direitos da personalidade no Código do Trabalho

A despeito da eficácia dos direitos fundamentais na relação de trabalho entre particulares, a legislação infraconstitucional produz a roupagem protetiva dos direitos da personalidade do empregado, fulcrado na tutela geral da personalidade prevista no artigo 70.º e seguintes do Código Civil. São os ditos direitos não especificamente laborais:

...direitos enquanto pessoa e enquanto cidadão (“direitos de 2ª geração”, *hoc sensu*), os seus direitos de personalidade - direitos que incidem sobre os vários modos de ser físicos ou morais da personalidade de cada pessoa, direitos da pessoa enquanto pessoa, direitos da pessoa sobre si mesma (*jura in se ipsum*), direitos gerais e necessários, de que todos gozam, pois representam o conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa⁷¹.

Por sua vez, o CT elevou os direitos da personalidade do trabalhador à condição de pressuposto indissociável da aplicação das regras trabalhistas, ampliando os efeitos tutelares da legislação civil. Na concepção de António de Lemos Monteiro Fernandes⁷², a “transposição” é particularmente relevante no que respeita as práticas de direção e controlo em que os poderes do empregador podem desafiar abertamente a privacidade e a própria dignidade pessoal do trabalhador.

Igualmente, Maria do Rosário Palma Ramalho⁷³ reconhece que:

“A tutela dos direitos de personalidade no domínio laboral tem raízes no princípio geral de tutela dos direitos de personalidade, constante dos arts. 70º ss. do CC. Não obstante estas normas civis serem aplicáveis no domínio laboral,

⁷¹ AMADO, João Amado – **Perspectivas do Direito do Trabalho: um ramo em crise identitária?**. São Paulo, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 47, 2015.

⁷² FERNANDES, António de Lemos Monteiro – **Direito do Trabalho**. Coimbra: Ed. Almedina, 2007. p. 187.

⁷³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 75.

a matéria justificou um regime especial de tutela laboral, disposto nos artigos 14.º a 22.º do Código do Trabalho.”

Os artigos 14.º a 22.º regulamentaram, de maneira inovadora, os direitos da personalidade da seguinte forma: *“Liberdade de expressão e de opinião”, “Integridade física e moral”, “Reserva da intimidade da vida privada”, “Protecção de dados pessoais”, “Dados biométricos”, “Testes e exames médicos”, “Meios de vigilância a distância”, “Utilização de meios de vigilância a distância” e “Confidencialidade de mensagens e de acesso à informação”.*

Para Guilherme Dray, citados preceitos consagram um conjunto meramente exemplificativo dos direitos da personalidade: *“à semelhança do que sucede nos artigos 71.º e seguintes do Código Civil, enunciam-se apenas os direitos de personalidade que à partida aparentam ter uma maior projecção na relação de trabalho”*⁷⁴. E conclui:

“Trata-se de um regime que visa, acima de tudo, à protecção dos direitos de personalidade do trabalhador, enquanto concretização do princípio da protecção do trabalhador, mas que não esquece, por outro lado, que tais princípios não são absolutos, podendo, nalguns casos e segundo princípios de necessidade, adequação valorativa e proporcionalidade serem limitados, nomeadamente embatam no princípio da liberdade de gestão empresarial, que se opõe ao primeiro.”

No Brasil, a legislação civil é a base normativa dos direitos da personalidade no âmbito, inclusive na seara das relações de emprego. A CLT, norma de maior relevância nas relações de emprego no Brasil, promulgada pelo Decreto-lei 5.452/1943⁷⁵, não contém nenhuma estrutura jurídica de protecção aos direitos da personalidade, a despeito da coexistência de normas indiretas a este referencial teórico. Algumas normas esparsas dão destaque aos direitos da personalidade, como o artigo 373-A, VI, proibitivo da autorização ao empregador de realizar revista íntima de empregadas no ambiente de trabalho, e ao artigo 483, pertinente à justa causa do empregador como condição para rescisão do

⁷⁴ DRAY, Guilherme – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016. p. 140.

⁷⁵ “Apenas de denominada de consolidação, como artifício para reverenciar a intensa obra legiferante trabalhista produzida entre 1930 e 1943, o novo diploma legal correspondia, na verdade, do ponto de vista técnico-jurídico, a um verdadeiro código do trabalho, em visa não apenas da consistente sistematicidade de seus títulos, capítulos e sessões normativas, de seus princípios, regras e institutos jurídicos, como pela circunstância de ter propiciado reais inovações na ordem jurídica então existente. (DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2015. ISBN 978-85-361-8380-0. p. 122).

contrato quando este ofender a honra e boa fama do trabalhador ou agredir lhe fisicamente, entre outros casos. É a estrutura da CLT, como destaca Estevão Mallet:

“visão reducionista do legislador, que tratou da relação de emprego como se nela as obrigações das partes se restringissem à prestação de trabalho pelo empregado, de um lado, e ao pagamento da remuneração pelo empregador, de outro lado. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial”⁷⁶.

Fica claro que o marco protetivo dos direitos da personalidade é a legislação civil infraconstitucional, observada a devida compatibilização com os princípios *juslaborais* e a especificidade inerente ao ramo jurídico próprio, além naturalmente da garantia principiológica dos direitos fundamentais no texto constitucional e sua eficácia horizontal entre particulares. Obriga, assim, o intérprete a recorrer à aplicação direta ou conforme da Constituição e à aplicação do Código Civil, legislação genérica que não abrange às especificidades da relação de trabalho⁷⁷.

Nem a reforma trabalhista⁷⁸ foi capaz de alterar este cenário. Dentre as inúmeras alterações, somente se fez presente uma singela citação a estes direitos, de maneira reflexa, como previsto no artigo 223-C da CLT, com o seguinte teor: “*A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física*”.

Assim, fica clara a posição de descaso do legislador brasileiro sobre a efetiva regulamentação de um regime geral de proteção dos direitos da personalidade na relação de trabalho. Com isto, os seus reflexos perpetuam-se na crescente judicialização das lides trabalhistas consequência das práticas degradantes na relação de emprego, sendo o Brasil o líder no *ranking* mundial de ações trabalhistas.

1.8. Da eficácia civil dos direitos fundamentais sociais

Como já visto, muitos dos direitos sociais e trabalhistas deduzíveis da personalidade humana são frutos da experiência de práticas degradantes e do constante retrocesso social produzido pelos meios de produção. Entretanto, estas premissas são

⁷⁶ MALLET, Estevão. **Direito, Trabalho e Processo em Transformação**. São Paulo: Revista Ltr, 2005, p. 17-18.

⁷⁷ BELMONTE, Alexandre Agra, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁸ Oriunda do projeto de lei nº 38, de 2017, em trâmite perante o senado federal e objeto de amplo confronto ideológico entre apoiadores da flexibilização dos direitos trabalhistas.

atacadas diuturnamente pelas forças econômicas discordantes, inclusive com ajuda do intervencionismo Estatal na produção de leis flagrantemente inconstitucionais e contrárias aos princípios de liberdade e da garantia da proteção do trabalho digno, especialmente pelo crescente avanço tecnológico e as NTIC.

Este cenário anuncia a precarização dos direitos fundamentais trabalhistas, mas sob a ótica da eficácia vertical. Em relação à eficácia entre particulares, a questão é controversa, ainda mais em relação à aplicação direta, sem interferência do Estado, mas somente do Poder Judiciário, quando necessário, para dirimir os conflitos.

Os argumentos contrários à eficácia imediata vão defender a liberdade contratual, a autonomia privada coletiva, e o risco da insegurança jurídica por decisões judiciais arbitrárias e dispostas ao “ativismo judicial”. De outro lado, a desigualdade de forças e a influência do poder econômico determinam a necessidade da aplicação das normas de direitos fundamentais, dentre elas as normas de proteção da personalidade às relações privadas.

De fato, não somente os direitos trabalhistas específicos, individuais ou coletivos, como àqueles diretamente vinculados com a cidadania, como os direitos da personalidade, ambos possuem o substrato necessário para a sua aplicação **direta e imediata** em diversas hipóteses passíveis de sopesamento, como exemplos, os seguintes casos:

- a) a possibilidade de contraditório e ampla defesa para os casos de aplicação de penalidades administrativas pelos empregadores, inclusive para rescisão do contrato de trabalho no Brasil;
- b) condutas que imponham ao trabalhador ações contrárias às convicções religiosas, como ao médico católico realizar o aborto, obrigar o muçulmano ou judeu ao trabalho nos dias de feriados religiosos⁷⁹;
- c) a possibilidade de invasão da privacidade e reserva da intimidade no âmbito da relação de emprego, mediante práticas discriminatórias, como revista íntima⁸⁰, ou mesmo monitoramento

⁷⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 187.

⁸⁰ Vide julgamento no STF **RE 160.222-8**, no caso de revista íntima de algumas empresas fabricantes de “lingerie”.

- eletrônico da conduta do trabalhador com utilização da videovigilância ou monitoramento do correio eletrônico;
- d) demissão de cunho discriminatório por convicção política e ideológica;
 - e) participação dos trabalhadores na gestão da empresa, conforme artigo 7º, XI, da CF/88;
 - f) despedida em massa ou coletiva de trabalhadores, emissão coletiva na qualidade de direito potestativo do empregador, como é o caso do julgamento TST-ES-207660/2009-000-00-7;
 - g) empregados vítimas de assédio sexual ou moral, por ofensa aos direitos da personalidade;
 - h) reintegração por motivo de discriminação de raça, sexo, idade, religião;
 - i) casos de lesão física e psíquica por trabalhadores vítimas de assalto ocorrido nas dependências do empregador, entre outros;
 - j) testes de alcoolemia e toxicológicos no curso do contrato de trabalho;
 - k) exigência de atestado de gravidez e esterilização;
 - l) exigência de certidão de antecedentes criminais;
 - m) testes genéticos para apurar eventuais doenças graves do trabalhador;
 - n) liberdade de expressão nas redes sociais: conflito entre a honra e a imagem do empregador e o direito de crítica do empregado.

Todos os casos citados são passíveis de ponderação entre direitos fundamentais trabalhistas e devem ser norteados pela eficácia horizontal entre particulares como destinatários dos direitos e garantias fundamentais.

A justificativa para além das questões de poder e da boa-fé contratual, já destacadas, vigora em função do envolvimento da personalidade do trabalhador no vínculo laboral.⁸¹ Em Portugal, estes componentes estão diretamente vinculados no Código do Trabalho, artigo 1.º (boa-fé), e artigo 23.º (tutela dos direitos da personalidade), embora de maneira

⁸¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 182 e seguintes.

restrita, mas reverbera para dentro da relação contratual a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

No derredor da evolução do sistema capitalista de produção e a aceleração da expansão global da economia, não há dúvidas a respeito da restrição, cada vez maior, do campo da eficácia dos direitos fundamentais. O predomínio das ideias neoliberais diante das graves crises econômicas, o menor intervencionismo estatal⁸², caminham para potencializar o desequilíbrio de forças e precarização das condições de trabalho.

Não que isto afete o esteio axiológico dos direitos fundamentais, pelo contrário, pois cada vez mais serão indispensáveis para zelar, de maneira finalística, pelo trabalho digno. É neste momento de crise econômica que o levante dos direitos fundamentais haverá de robustecer os pilares dos direitos humanos como norte da sociedade.

A despeito dos argumentos favoráveis à impossibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais em razão da prevalência da autonomia coletiva, a resposta será sempre em prol da observância da nova hermenêutica constitucional e da primazia indelével dos direitos fundamentais sociais e das normas laborais, pois, como se sabe, compõem o rol dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Não se permite na amplitude da relação entre particulares, trabalhador e empregador, a possibilidade deste, a seu escrutínio, e sob as vestes da ausência de normas proibitivas (princípio da liberdade, art. 5º, II da CF/88), simplesmente na execução do contrato de trabalho desprezar os direitos fundamentais do trabalhador e da dignidade da pessoa humana, salvo, obviamente os casos de abuso do direito.

Não é truísmo repetir solenemente o discurso protetivo, mas realidade constitucional contemporânea que deve ser preservada em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais com a mínima restrição possível.

⁸² “No princípio foi a Lei do Patrão; hoje é a lei do Estado; no futuro será a Lei das Partes” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 242)

CAPÍTULO II - A privacidade e os direitos da personalidade na relação de trabalho

2.1. Generalidades

No cenário contemporâneo, a sociedade transforma-se diuturnamente em razão do crescimento exponencial da tecnologia, cujo substrato desta revolução tem o poder de causar manifestações na vida coletiva da época atual, com particular intromissão na intimidade do ser humano⁸³.

As novas ameaças à preservação da vida privada e intimidade são cada vez mais eficazes e potencializam o risco de intrusão, como é o caso das NTIC. A privacidade é confrontada por estes mecanismos de captação de dados pessoais em seus aspectos mais íntimos, em clara ofensa aos direitos fundamentais.

É neste ponto que cabe ao Estado articular meios adequados para a tutela da privacidade, garantindo a eficácia aos direitos fundamentais e a viabilidade sustentável da evolução tecnológica. E o Direito naturalmente precisa adequar-se a tal dinâmica, isto em função do desenvolvimento tecnológico e sua potencial influência no futuro da sociedade, já hoje ameaçada pelo desemprego proveniente da automação (Indústria 4.0), da inteligência artificial e robótica.

E especialmente ao Direito do Trabalho caberá articular meios para resguardar os direitos fundamentais e preservar a privacidade já hoje relativizada pelas mais sofisticadas formas de intrusão panóptica, fruto da sociedade tecnológica, da qual os mecanismos eletrônicos apresentam-se como um novo Leviatã⁸⁴. É o sistema jurídico a única salvaguarda a estes direitos, isto em prol de um trabalhador livre, cidadão e dotado de dignidade⁸⁵.

⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique – **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2010, p. 346.

⁸⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *op. cit.*, p. 346.

⁸⁵ DRAY, Guilherme – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016. p. 140.

2.2. A privacidade: sua historicidade e evolução jurídica

O ser humano é dotado de autonomia para recolher-se (“*right to be alone*”), e mesmo pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas; esfera essa que os demais, sob pena de ilicitude, não devem violar, intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem⁸⁶. Ainda, como esclarece Capelo de Sousa:

“É que, a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física, mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-contribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento”⁸⁷.

Estes traços da personalidade individual comportam naturalmente a garantia do segredo individual, pois certas manifestações da pessoa destinam-se à conservação e são completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, isto é, secretas⁸⁸. É a chamada reserva sobre a intimidade da vida privada (Portugal), ou *diritto alla riservatezza*, na expressão italiana; direito a uma esfera do segredo – *Geheimsphäre* – na teoria germânica⁸⁹.

Este direito, por sua vez, tem raízes contemporâneas⁹⁰, pois somente a partir do final do século XIX, o direito à privacidade recebe a categoria de direito autônomo, por influência dos campos políticos, sociais e econômicos e fruto do liberalismo. A referência teórica teve início com a obra de autoria de *Brandeis e Warren*, em artigo publicado pela *Harvard Law Review*, denominado “*Right of Privacy*”, em 1890, obra endossada como umos jurídicos mais relevantes para o desenvolvimento do direito à intimidade e privacidade no *common law* como no *civil law*. Nele, os autores colocam em evidência a ocor-

⁸⁶ CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁷ CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 317.

⁸⁸ DE CUPIS, Adriano – **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Quorum, 2008. p. 158.

⁸⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 212.

⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio - **Direito Constitucional**. São Paulo: ed. Manole, 2007. ISBN 978-85-204-2451-3. p. 171-172.

rência de transformações sociais, políticas e econômicas, bem como o surgimento de novos inventos, como a fotografia, que contribuíram para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas. Tratou-se de uma célula embrionária deste preceito, da qual decorreram inúmeros avanços na concretização dos direitos da personalidade, sobretudo da intimidade e privacidade humana, seja do ponto de vista normativo como jurisprudencial.

No plano internacional, enquanto nos EUA a noção de privacidade surgiu no século XIX e, na Suíça, em 1907 com o Código Civil, o seu reconhecimento como direito fundamental somente adveio com o fim da II Guerra Mundial, com o real interesse em regular esta proteção com a consagração de alguns ordenamentos jurídicos de um direito subjetivo novo, qualificado como direito ao respeito da vida privada ou direito à privacidade. Passou a ser considerado como um direito do homem e reconhecido como tal por diversas convenções internacionais⁹¹, donde se extrai a preocupação da comunidade internacional para com o tema. De início, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) das Nações Unidas, de 1948, exerceu importante papel na concretização da defesa dos bens essenciais do individualismo e, por consequência, da intimidade e da vida privada tanto no plano internacional como no plano nacional⁹² e, em seu artigo 12.º, afirma:

“Ninguém será sujeito à interferência, na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.”

A DUDH influenciou diretamente a formulação de outros instrumentos sobre direitos humanos no contexto mundial. A partir de então, o direito à proteção da vida privada aparece em diversos outros documentos internacionais e ocupou a pauta de inúmeras conferências, seminários, encontros e estudos de âmbito supranacional⁹³.

Seguiu-se, então, com a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), previsto no artigo 11º:

“Proteção da Honra e da dignidade. § 1º Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio

⁹¹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 126.

⁹² FILHO, Ilton Norberto Robl - **Direito, intimidade e Vida Privada**. São Paulo: Ed. Juruá, 2010. p. 165.

⁹³ SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998. p. 82.

*ou correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
§3º Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”*

Também o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, das Nações Unidas, de 1966, artigo 17º, § 1.º reconhece:

“Ninguém será objeto de imiscuições arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, da sua família, no seu domicílio ou da sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e da sua reputação.”

No tocante à legislação da UE, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 1950, regulamentou a proteção da privacidade, no artigo 8º, n.º 1: “*Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*”; igualmente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, no artigo 7.º: “*Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações*”.

Alterando o foco do Direito Internacional, passando para o Direito interno, diversos países levaram para si a importância do direito fundamental à privacidade. No Brasil, a proteção da intimidade e da vida privada encontra-se prevista no artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal. Em Portugal, a inviolabilidade da intimidade da vida privada está previsto no artigo 26º da Constituição, como “*o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e familiar*”, bem como no art. 21 do Código Civil, Capítulo II, do Livro I das Pessoas, Parte Geral. Noutros casos, a Espanha, referida no artigo 18.º, I, da Constituição de 1978; *Privacy Act* nos Estados Unidos, em 1974 protege a intimidade das pessoas contra atos da administração pública; na França, com a introdução do artigo 9º no Código Civil, dentre outros.

2.3. Intimidade e privacidade: Terminologia

No campo da terminologia empregada pelos textos legais, em suma, são empregados os termos *direito à intimidade*, *vida privada* e *privacidade*, muitas das vezes utilizadas como sinônimos. Contudo, do ponto de vista técnico, a privacidade não se

confunde com a intimidade, embora esta pode incluir-se naquela, até porque, no recôndito da privacidade esconde-se, em primeiro lugar, a intimidade⁹⁴.

Maria Helena Diniz considera que a despeito da intimidade dizer respeito a aspectos internos da vida do ser humano, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, entre outros, a privacidade volta-se para aspectos externos da existência humana, como o direito de estar só, da sua individualidade, do modo de bem viver, os seus hábitos, comportamentos e comunicação⁹⁵.

Para René Ariel Dotti⁹⁶, a vida privacidade contém a intimidade: a primeira é mais ampla, seria o direito que a pessoa humana pode reivindicar sobre aspectos da sua vida para não ser absolvida pela massa; enquanto a segunda é reservada à esfera de sentimentos da pessoa a qual ninguém poderia penetrar sem consentimento.

No Brasil usam-se intimidade e vida privada indistintamente, embora alguns ressaltem ser aquela um extrato mais restrito desta⁹⁷. Em Portugal, a conceituação da reserva sobre a intimidade da vida privada não é só

“...definido por referência à faceta de inviolabilidade da esfera privada da pessoa, isto é, numa vertente negativa, mas também, e principalmente, pelo conjunto de faculdades que lhe permitem controlar os dados pessoais, isto é, com o direito à autodeterminação informativa⁹⁸.”

Para o Direito Norte-americano, a expressão “*privacy*” é soberana para compreender o “*direito a ser deixado só*” ou “*em paz*”, enquanto a intimidade faz alusão à relação íntima entre pessoas⁹⁹; no direito alemão, o direito às esferas íntima (“*intimsphäre*”), secreta (“*geheimsphäre*”) e privada (“*privatsphäre*”), assegurando o respeito de um “âmbito protegido” e de uma situação de inviolabilidade documental, de dados e de comunicações pessoais, sendo a intimidade o núcleo mais sensível e, conseqüentemente, nuclear da esfera privada, espaço intangível da liberdade humana.

Em termos gerais, considerando a atualidade do tema, e as repercussões na esfera individual, em todos os seus aspectos, a eventual distinção entre vida privada e intimidade

⁹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.* p. 174.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 152-153.

⁹⁶ DOTTI, René Ariel – **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 23.

⁹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998. p. 272.

⁹⁸ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 264.

⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998. p. 270

não é tema dos mais relevantes, pois o que realmente importa é garantir a efetividade dos direitos concernentes à esfera da privacidade da pessoa, em todos os seus sentidos. O objetivo final é garantir ao cidadão o direito ao sigilo e segredo sobre os seus valores pessoais, com a reserva protetiva de sua família contra a faculdade de outrem divulgar fatos relacionados à sua rotina de vida, anseios, preferências, enfim, situações íntimas e familiares os quais não estão abertos à publicização ou divulgação para terceiros.

Para o presente estudo, propôs-se adotar o termo como direito à privacidade, conteúdo genérico e amplo de modo a abarcar todas as manifestações da personalidade humana, em sua esfera íntima e privada, na esteira conceitual de José Afonso da Silva¹⁰⁰, até porque a distinção entre vida privada e intimidade é difícil de sustentar, especialmente pela fluidez entre as diversas esferas da vida privada, incluindo a intimidade no âmbito de proteção mais ampla do direito à vida privada (privacidade)¹⁰¹.

E realmente, o termo mais adotado na atualidade é o direito à privacidade, ainda mais em face das novas tecnologias e com a ideia de confidencialidade, controle, reserva, essenciais para proteger as pessoas perante as NTIC, principalmente a *internet*. A sua importância nos tempos atuais decorre dos efeitos intrusivos na esfera individual, intensificada pelo avanço tecnológico. Afirmo Dotti¹⁰²:

“As modalidades clássicas de ingerência arbitrárias na esfera da vida privada, como o teatro, a literatura, o cinema e o *journalisme à sensation* foram se aprimorando com a fotografia à distância, o rádio, o telefone e a televisão. Nos dias correntes, a grande família da eletrônica gera os microespões que, atuando no campo da eletroacústica, derrubam antigas fortalezas da privacidade. Microfones cujo tamanho não ultrapassam o de um botão de camisa proliferam no arsenal da espionagem.”

Igualmente, José Afonso da Silva¹⁰³ ressalta:

“O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema e informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem a sua autorização e até sem seu conhecimento.”

¹⁰⁰SILVA, José Afonso, *op. cit.* p. 208.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang - **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 446.

¹⁰² DOTTI, René Ariel – **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 28.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da, *op. cit.* p. 208.

É inegável a importância da defesa da privacidade hodiernamente como condição precípua para a garantia das liberdades individuais e preservação dos direitos humanos.

2.4. Da privacidade na relação de trabalho

Nomeadamente, no âmbito da relação de emprego, a proteção da privacidade do trabalhador no âmbito internacional consolidou-se com a própria evolução protetiva dos direitos da personalidade, isto desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (Carta), entre outros, como também através de instrumentos internacionais ligados diretamente com a proteção do trabalhador, como o *Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores*, da OIT, em 1996, cujo objetivo era proporcionar orientação para a proteção de dados¹⁰⁴.

Dos textos mencionados, retira-se a nítida preocupação, no plano internacional, em salvaguardar o direito à vida privada, à intimidade, à honra e à reputação, visto que, em todos os casos, existe inquestionável tendência protetiva dos direitos fundamentais da pessoa humana¹⁰⁵.

No plano nacional, Portugal avançou na tutela específica da privacidade na relação de emprego, como se vê expressamente no artigo 14.º, números 1 e 2 do Código do Trabalho:

“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 aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.”

A necessidade da tutela jurídica específica não é mera retórica para mitigar os efeitos da desigualdade económica na relação de emprego. O trabalhador assalariado é

¹⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ª ed. São Paulo: LTR, 2009. ISBN 978-85-361-1279-4, p. 30-31.

¹⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz - *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

economicamente dependente e tem a sua autonomia de vontade represada. Não pode defender-se sem a proteção da lei.

E o avanço científico potencializou a necessidade de tutela do Estado para a devida proteção da privacidade do trabalhador. Até porque, como diz, Wolfgang Däubler, o risco dessas tecnologias situa-se no nível da comunicação interpessoal, pois os empregados temem não só pelo emprego, em razão da automação, quanto pela própria condição de trabalho, na qual “*um sistema de supervisão abrangente provoca visões aterrorizantes*”¹⁰⁶. São exemplos da utilização pelo empregador do controle por intermédio de vigilância por câmeras de segurança, por meios remotos ou por filmagem, escutas telefônicas, gravações audiovisuais, controles de mensagens eletrônicas, monitoramento de *e-mail* corporativo e pessoal, *internet* e GPS (*Global Positioning System*); em geral, a vigilância a distância, já que este tipo de vigilância afeta profundamente a personalidade do trabalhador, constituindo uma ofensa vexatória à sua dignidade¹⁰⁷.

Neste sentido, a proteção da privacidade do trabalhador, no dia a dia da relação de trabalho, tutela não só questões pertencentes à vida não laboral do trabalhador, como também determinadas formas de ingerência na relação de trabalho, estendendo-se também à intimidade das relações com os seus companheiros de trabalho, à atividade sindical, às comunicações por qualquer meio, incluindo *internet* e *e-mail*, à recolha e tratamento de dados pessoais e sensíveis do trabalhador, à captação de imagem e som, testes genéticos e de saúde como testes de uso de drogas e álcool¹⁰⁸.

A defesa do direito à privacidade dá-se em virtude da proteção da dignidade da pessoa humana nas relações privadas; ainda mais em relações desiguais como as de emprego. Neste contexto, o direito à privacidade adentra à esfera da relação entre empregado e empregador, condição primordial para a proteção dos direitos da personalidade e outros direitos fundamentais.

Por certo, a proteção do direito da privacidade do trabalhador deve concretizar-se em todas as suas esferas: individual, familiar, social e do trabalho. É o conjunto de modo de ser e viver a própria vida e de obstar a intromissão de estranhos, assim como a de

¹⁰⁶ DÄUBLER, Wolfgang - **Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha**. São Paulo: Ed. LTR, 1997. p. 63.

¹⁰⁷ MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 149.

¹⁰⁸ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 339.

impedir o acesso a informações sobre esse modo particular de viver e conviver¹⁰⁹, também considerado como um direito fundamental à autodeterminação informativa. O trabalhador e o empregador devem guardar sigilo quanto à intimidade da vida privada, dentre eles a reserva da intimidade da vida pessoal e da vida familiar, afetiva e sexual, o estado de saúde e as convicções políticas e religiosas¹¹⁰.

Em regra, o empregador deve respeitar os direitos da personalidade da contraparte, na medida dos preceitos constitucionalmente previstos quando da celebração do contrato de trabalho¹¹¹, autorizada somente a recolha de dados pessoais “*se for respeitante à esfera pública do trabalhador*”¹¹².

No entanto, na prática, a realidade cotidiana apresenta inúmeras situações ofensivas à privacidade do trabalhador, como é o caso da tentativa de obtenção de dados de cunho religioso, filiação sindical, comportamento mental, político, sociológico, preferências sexuais, além de outras práticas intrusivas como a espionagem nas redes sociais, testes psicológicos com emprego de polígrafos, entre outros, tudo com intuito de desnudar a privacidade e obter maior número de dados pessoais para efeito da celebração do contrato de trabalho.

2.5. A autodeterminação informativa e a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores

Os trabalhadores gozam do direito à proteção de seus dados pessoais e ao exercício do direito fundamental à autodeterminação informativa¹¹³ preceitos indispensáveis para o pleno exercício da personalidade humana, do qual decorre a proteção jurídico-constitucional da privacidade.

¹⁰⁹ BELMONTE, Alexandre Agra, *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro - **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 780.

¹¹¹ A legislação em Portugal se mostra mais sensível a tal situação jurídica ao prever – a Reserva da Intimidade da vida privada, artigo 16º do Código do Trabalho, e que a sua tutela “abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes (...).”

¹¹² MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de, *op. cit.*, p. 142

¹¹³ O direito à autodeterminação informativa se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais. No mais, este preceito adveio de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, de 15 de dezembro de 1983 do Tribunal Constitucional Alemão, sobre a Lei do Censo da população, e o qual ressalta que o direito à autodeterminação informativa deve ser entendido como o poder do indivíduo para pessoalmente decidir sobre quando, a quem e sob quais condições revelar as informações de caráter pessoal.

Embora o direito à autodeterminação informativa tenha como origem a proteção de dados pessoais, é atribuída a ele uma extensão mais ampla, sendo considerado um verdadeiro direito a um controle da informação sobre a vida privada, que diz respeito não apenas à recolha de informação, como também à sua divulgação¹¹⁴. Nestes tempos, a proteção de dados mostra-se presumível no contexto da era digital e do seu poder intrusivo na privacidade do ser humano, seja na recolha ou no tratamento de dados informáticos em ofensa às liberdades públicas. O cidadão registrado em determinado banco de dados está constantemente vigiado, o que afeta, de forma direta, aspectos mais sensíveis da sua intimidade e vida privada¹¹⁵.

Esta proteção encontrou, no direito comparado, evolutiva discussão a respeito da privacidade e proteção de dados, como é o caso, em 1974, do *Privacy Act*, nos Estados Unidos da América, que previa a supremacia da vida privada contra manipulação, utilização, exposição e transmissão de informações pessoais por parte da administração Federal. Igualmente, a influência Sueca na regulação da informática com a “*Data Lag*”, em 1973; a Lei francesa de 1978; a Suíça de 1981; e, na Alemanha, a lei Land Hesse, em 1970, e a Lei Federal “*Länder*” de 1977.

Mas somente com a famosa decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1983, a autodeterminação informativa (“*Recht auf informationelle Selbstimmung*”) ganhou notoriedade.

No plano constitucional, Portugal foi o primeiro Estado Europeu que reconheceu a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa, conforme previsto no artigo 35.º da CRP:

- “1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da l.ei.
2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.
3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

¹¹⁴ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 295.

¹¹⁵ SIMÓN, Sandra Lia – **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Emprego**. São Paulo: Ed. LTR, 2000. p. 162.

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.
5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.
6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.
7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.”

A protecção para os trabalhadores adveio do Código do Trabalho de 2009. O texto possui regramento específico para tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores e a protecção da esfera da privacidade do trabalhador. Dentre alguns preceitos, ressalta-se o fato do trabalhador não estar obrigado a prestar informações sobre a sua vida privada, “*salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita a execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação*”¹¹⁶; também não está obrigado a prestar informações sobre a sua saúde, incluindo estado de gravidez, “*salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem*”¹¹⁷.

Em linhas gerais, por ser o titular dos dados, o trabalhador (ou candidato) goza de efetiva protecção de acesso e divulgação dos seus dados para outrem relativamente aos aspectos “*atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas*”, vide artigo 16.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

Caso haja fornecido os respectivos dados de índole pessoal, o trabalhador goza do direito ao controle dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua retificação e atualização (art. 17º, n.º 3); ambos preceitos são dedicados ao reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais¹¹⁸.

Pela lei, a recolha de dados é permitida no contrato de trabalho se respeitar a esfera pública do trabalhador, sendo proibida, em geral, envolver a sua esfera privada e íntima¹¹⁹. Para a efetiva protecção da privacidade frente à crescente manipulação de dados pessoais,

¹¹⁶Art. 17, n.º 1. do CT.

¹¹⁷Art. 17, n.º 2. do CT.

¹¹⁸CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, p. 515.

¹¹⁹MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de, *op. cit.*, p. 142.

o regramento legal evidencia enorme respeito à dignidade da pessoa humana no contexto da proteção da privacidade no âmbito da relação de emprego¹²⁰.

É inegável que a recolha de dados pelo empregador tem potencial risco de controle social. O tratamento de dados e dos perfis comportamentais dos trabalhadores ofende os direitos fundamentais e garantias individuais. A proteção dos dados pessoais é de suma importância ao desenvolvimento democrático e para a proteção do ser humano no contexto da relação de trabalho e qualquer outra relação.

2.5.1. Além do mais, a proteção de dados pessoais dos trabalhadores em Portugal, submete-se ao contexto da *Lei de Proteção de Dados*, promulgada em Portugal através da Lei n.º67/98, fruto dos reflexos da Directiva n.º 95/46/CE¹²¹ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, do qual o espírito principiológico rege que o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais¹²².

¹²⁰ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) efeito jurídico vinculativo, consagrando, nos artigos 7.º e 8.º, o respeito pela vida privada e familiar e a protecção de dados pessoais, respectivamente.

¹²¹ O novo cenário de tratamento de dados foi erigido no âmbito da União Europeia com o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, com vigência a partir de maio de 2018, e revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). No cenário de proteção de dados dos trabalhadores e do tratamento de dados em geral, o novo regulamento diz o seguinte a respeito do tema: *1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho; 2. As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho; 3. Os Estados-Membros notificam a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do n.º 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas.*

¹²² No contexto da União Europeia, cabe mencionar os artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos quais todas “as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações, e no contexto da proteção de dados, todas *“as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.”* 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. Neste sentido, na concepção do Tribunal Constitucional (403/2015) em relação a tais premissas em relação a Carta, *“antes de a mesma produzir efeitos vinculativos, o Tribunal de Justiça da União Europeia já havia proclamado a existência de um «princípio geral de direito comunitário que consagra a proteção contra as intervenções arbitrarias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de uma pessoa singular ou coletiva» (Acórdão de 22/10/2002, Roquette Frères, processo n.º C-94/00).*

A previsão legal reconhece princípios necessários para a utilização das novas tecnologias, que, em geral, devem privilegiar metodologias genéricas de controle e com menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores, com a recolha destes dados serem adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados. Nessa matéria, o poder de direção do empregador encontrará limites no direito à autodeterminação informativa, e o empregador não poderá fazer valer o seu poder diretivo de maneira absoluta.

Isto quer dizer que o tratamento de dados pelo empregador somente é possível com o consentimento do empregado, respeitando a privacidade, com observância da boa-fé, cujo objetivo da recolha seja lícita, com a finalidade determinada e, se forem necessários, adequados e proporcionais aos fins a que se destinam, além de lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados.

2.5.2. Em certa medida, é proibido todo tratamento de dados sensíveis, considerados como tal aqueles os quais envolvem os dados pessoais especiais pertinentes *“a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos (art. 7.º, n.º 1 da Lei 67/98).”*

A exceção legal (art. 7.º, n.º 2 da Lei 67/98) diz respeito à possibilidade de tratamento quando expressamente autorizado mediante disposição legal ou autorização da CNPD, quando, por motivos de interesse público importante, esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para esse tratamento; em ambos os casos, com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º da lei.

Este preceito compatibiliza-se com o preceito do art. 17.º, n.º 2 do Código do Trabalho, por tratar-se de norma autorizativa exigida pelo art. 7.º, n.º 2 da Lei 67/98, com a possibilidade de legitimar a recolha e tratamento de dados concernentes à saúde do trabalhador, isto quando particulares exigências relativas à natureza da atividade o justifiquem e seja fornecida, por escrito, a respectiva fundamentação.

2.5.3. Em Portugal, o trabalhador possui direito subjetivo de informação sobre os aspectos da recolha dos dados pelo empregador, o qual é exercitável para fins de “garantir o cumprimento das disposições legais em matéria de protecção de dados pessoais” (art. 33.º, da Lei 67/98), não excluída a indenização por perdas e danos. Este direito de informações compreende, na concepção de Menezes Leitão¹²³:

A recolha de dados implica a prestação ao titular das informações sobre a identidade do responsável, finalidades do tratamento, e outros como os destinatários dos dados, o carácter obrigatório ou facultativo das respostas, bem como as consequências de não responder e a existência ou condições do direito de acesso ou de rectificação (art. 10º da Lei 67/98).

Sem embargo, este direito compreende aspecto da própria personalidade, na reserva da privacidade do titular, o que constitui a autodeterminação informativa (*Recht auf informationelle Selbstimmung*).

No Brasil, a recente lei aprovada pelo congresso, em 14 de agosto de 2018, n.º 13.709, dispôs sobre a proteção de dados pessoais, com expressa referência à autodeterminação informativa, o respeito à privacidade e aos direitos da personalidade no contexto da proteção de dados. A lei recém promulgada não deliberou sobre a criação de nenhuma agência ou Comissão governamental para controle e fiscalização das suas diretrizes, tal como a CNPD, em Portugal, o que é grave do ponto de vista da execução das políticas públicas necessárias à promoção da proteção de dados pessoais. O artigo que versava sobre a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade foi vetado.¹²⁴

Na relação de emprego também não existe um regime especial de proteção de dados pessoais como forma de exteriorizar o direito à autodeterminação informativa e a proteção de dados pessoais do trabalhador, muito menos especial referência a esta proteção com a atual Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17) recém aprovada ou com a promulgação da nova Lei de proteção de dados, 13.709/2018.

¹²³ MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 149.

¹²⁴ Além deste regramento, algumas outras leis ordinárias tratam do assunto de maneira indireta, como o Código de Defesa do Consumidor ao regular o direito à informações sobre os ficheiros e tratamento de dados do consumidor, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.414/2011) e o Marco Civil da *Internet* (Lei 12.965/2014).

CAPÍTULO III – Do poder empregatício e sua (im)possibilidade de harmonização com a privacidade do trabalhador

3.1. Do direito fundamental à liberdade de iniciativa econômica privada e o direito de propriedade

É pressuposto constitucional o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica (lícita), assim entendida como a liberdade de criar, organizar e definir o objeto da atividade econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços no mercado, sem ingerência do Estado; a liberdade é conteúdo da livre iniciativa; liberdade para a empresa e para o trabalhador que dela depende (valor social do trabalho).

Em Portugal, a denominada “liberdade de iniciativa privada” é regulada pelo artigo 61.º, n.º 1 da Constituição, qual: *“exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei, tendo em conta o interesse geral”*.

O direito de liberdade da iniciativa privada é merecedor da proteção da lei por constituir fundamento do Estado Liberal, das liberdades públicas, da ordem econômica e do Estado de Direito Democrático. Nela se integram o direito de propriedade e o princípio fundamental da organização econômica (art. 80.º, b e art. 82, 1 e 3 da CRP) e, conseqüentemente, representam direitos de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias e revelam a autonomia de pessoas e de grupos formados na sociedade civil frente ao Estado¹²⁵.

No Brasil, o texto Constitucional faz referência à “livre-iniciativa” como fundamento da República, no artigo 1º, inciso IV e também ao “valor social da livre-iniciativa”, no artigo 170, “*caput*”.

Em termos gerais, o livre acesso à iniciativa econômica não está somente na possibilidade de criação e aquisição de uma empresa laboral¹²⁶, mas o poder de direção e gestão do estabelecimento com liberdade e autonomia, sem ingerência do Estado e nos

¹²⁵ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. TOMO IV, Direitos Fundamentais, 3ª Ed. p. 522.

¹²⁶ “A empresa laboral é a modalidade de empresa que tenha trabalhadores subordinados.” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 182).

limites da lei (artigos 61 n.º 1, 80.º n.º c, 86, n.º 2 da CRP; e art. 170 da CFB). Segundo Carvalhosa:

“A lógica do sistema econômico determina que o empreendedor tenha liberdade de escolher a combinação dos fatores produtivos, isto é, dose a quantidade dos fatores, segundo o próprio critério de conveniência, ampliando ou restringindo a produção, segundo esse mesmo critério ¹²⁷.”

A liberdade decorre do direito da empresa de praticar os atos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar ¹²⁸, como salvaguarda aos interesses de gestão ¹²⁹.

Este último traço da liberdade de empresa é o que interessa, ou seja, a própria gestão do estabelecimento sob o pálio da relação de trabalho. Neste espaço da empresa laboral, faz-se necessário delimitar quais são os limites do poder empregatício frente aos trabalhadores e no contexto das regulações normativas sobre o contrato de trabalho e o caráter protetivo da relação jurídica substancial.

3.2. Do contrato de trabalho sob o pálio da liberdade e autonomia de vontade do empregador

No contexto do liberalismo, as partes são livres para firmar o contrato de trabalho, com autonomia de vontade para efeito de regular a relação e deveres entre as partes.

Entretanto, neste domínio, a autonomia de uma parte não é a mesma da outra parte. É que a experiência interindividual e social dos últimos duzentos anos encarregou-se de demonstrar quão quimera e falaciosa podem ser essas noções de liberdade e vontade no contexto das relações de trabalho ¹³⁰, ou até porque uma das partes subordina-se à outra sob o ponto da dependência econômica. Afasta-se, com isto, a igualdade dos contratantes, não passando atualmente de mero “sonho idílico” esta realidade ¹³¹. Pelo que mais se assemelha a um contrato de adesão do que um contrato de natureza bilateral e consensual.

¹²⁷ CARVALHOSA, Modesto - **Considerações sobre Direito Econômico**. São Paulo: Unidas, 1971, p. 70.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 180.

¹²⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *op. cit.*, p 542.

¹³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, 542/543.

¹³¹ MARANHÃO, Délio – **Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 19936. p. 231.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado¹³², o contrato de trabalho talvez seja o mais eloquente exemplo de contrato de adesão fornecido pelo mundo contemporâneo. Orlando Gomes também enfatiza esta característica, pois, quase sempre, o consentimento do empregado toma a forma de simples adesão, pois não tem liberdade para discutir e debater as cláusulas do contrato, e do qual “*adere, portanto, à vontade patronal declarada*”¹³³.

Embora do ponto de vista formal o contrato de trabalho tenha como regra o caráter bilateral, do ponto de vista material o empregado submete-se ao poder econômico como limitador de sua liberdade e autonomia de vontade.

E mais ainda, como consequência do contrato, o empregado deve respeitar e subordinar-se ao empregador. É assim na CLT, artigo 442, definindo o empregado como aquele trabalhador que presta serviços de maneira pessoal, não eventual, subordinada e onerosa. É assim também no CT, em Portugal, artigo 11º, segundo o qual o contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa obriga-se, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas, objetivado por três requisitos básicos, quais sejam a prestação de uma atividade, subordinação jurídica e retribuição¹³⁴.

Como o contrato de trabalho é reflexo do poder empregatício e de domínio de uma parte sobre a outra, a intervenção do Estado faz-se necessária para mitigar efeitos da desigualdade na relação jurídica trabalhista, seja na contratação, seja na execução do contrato. Cabe ao direito do trabalho firmar-se como contraponto jurídico necessário à liberdade do empregador e ao poder empregatício, segundo o qual o empregador deve respeitar a dignidade do trabalho humano e os preceitos legais aplicáveis e, na mesma medida, direitos da personalidade da contraparte, ainda mais sob o pálio das novas tecnologias de controle da atividade laboral.

¹³² DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*,

¹³³ GOMES, Orlando - **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Editora LTR, São Paulo, 1979. p.82.

¹³⁴ MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 96.

3.3. O Poder empregatício: Conceito e caracterização

O Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica concentradas na figura do empregador para exercício do comando da empresa laboral no contexto da relação de emprego¹³⁵.

Como derivado do contrato de trabalho, o poder empregatício compreende a posição do empregado subordinado ao seu empregador. Com isto, o empregado deve dispor de sua força laborativa em favor do empregador para que este dela se utilize, como fator de produção na empresa em que se lançou e cujos riscos assume; fica, por isso, logicamente, sujeito à direção, ao comando e ao controle de quem o contratou¹³⁶.

A caracterização do poder empregatício e suas esferas de inteligência organizacional outorgada pela liberdade de iniciativa privada apresenta-se de maneira variada pela doutrina, tanto por considerar o poder empregatício em até quatro dimensões (diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar) ou por reduzi-la em até duas dimensões (diretiva e disciplinar), ou mesmo, para efeito das novas tecnologias, criar um poder autônomo de fiscalização do empregador, chamado poder de controle – não vinculado ao poder diretivo.

Maria do Rosário Palma Ramalho define o poder empregatício em duas dimensões tópicas, poder diretivo e poder disciplinar, sendo o primeiro, a modalidade de atribuição das condições do contrato de trabalho em seu próprio interesse ao longo da execução da relação jurídica, cujo poder direto ou delegado da administração compreende a edição de ordens de serviço, instruções para o melhor desempenho da atividade; e, para o segundo, o poder disciplinar laboral possui duplo conteúdo, um ordenatório ou prescritivo e outro sancionatório ou punitivo¹³⁷.

Menezes Leitão¹³⁸ considera o poder regulamentar e o poder disciplinar como um dos poderes do empregador, e não compreendem, *de per se*, um único poder diretivo. Defende substancialmente a divisão tripartida (diretivo, disciplinar e regulamentar dos poderes do empregador).

¹³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 710.

¹³⁶ MARANHÃO, Délio – **Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 231.

¹³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 463-464.

¹³⁸ MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 149.

Amauri Mascaro Nascimento¹³⁹ considera que o poder diretivo manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.

Octavio Bueno Magano¹⁴⁰, utilizando-se também do critério tripartite, distingue as seguintes áreas de atuação do poder diretivo: a organizacional, a diretiva *stricto sensu* e a disciplinar.

Monteiro Fernandes subdivide o exercício do poder empregatício em: um poder determinativo da função (liberdade do empregador definir as tarefas contratadas), um poder conformativo da prestação (respeito ao contrato e dever de obediência), um poder regulamentar e um poder disciplinar¹⁴¹.

Bernardo da Gama Lobo Xavier considera incontroverso o elenco dos poderes empregatícios entre diretivo, disciplinar e regulamentar¹⁴².

Teresa Coelho Moreira¹⁴³ defende uma visão quadripartida porque se entende que, para além dos poderes diretivo, disciplinar e regulamentar, há ainda que atender ao poder de controlo, o qual, com o advento das inovações tecnológicas, tem um verdadeiro carácter autónomo do poder diretivo.

Para Mauricio Godinho Delgado¹⁴⁴, o poder diretivo é espécie do poder empregatício e uma de suas dimensões. As demais são o poder regulamentar, fiscalizatório e disciplinar, mediante notório conjunto de poderes concentrados, que favorecem, regra geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.

Em linhas gerais, a divisão tripartida possui grande tradição na doutrina estrangeira como na França e em certa medida na Itália¹⁴⁵; em Portugal a maior parte dos autores adota tal orientação¹⁴⁶. No Brasil, não existe uma divisão pacífica e definida

¹³⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 711.

¹⁴⁰ MAGANO, Octávio Bueno – **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982. p. 99.

¹⁴¹ FERNANDES, António de Lemos Monteiro – **Direito do Trabalho**. Coimbra: Ed. Almedina, 2007. p. 261.

¹⁴² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Curso de Direito do Trabalho**. Lisboa: Ed. Verbo, 2004. p. 362.

¹⁴³ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação: Contributo para um Estudo dos Limites do Poder de Controlo Electrónico do Empregador**. Coimbra: Ed. Almedina, 2010. p. 351.

¹⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de Direito do Trabalho**. 14.^a ed. São Paulo: LTR, 2015. p. 748.

¹⁴⁵ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.* p. 352.

¹⁴⁶ *Ibidem.*, p. 351/352.

majoritariamente pela doutrina, mas a visão tripartida é utilizada como referência doutrinária.

Assim, curvar-se-á doutrinariamente a subdivisão tópica dos poderes empregatícios tripartida, sem deixar de ressaltar o posicionamento pessoal a respeito de que esta diferenciação é mera retórica e de pouca aplicação prática, pois, a rigor, o empregado submete-se ao poder do empregador sobre o desempenho profissional em todas as suas esferas (diretivo, disciplinar, fiscalizatório/controlado e regulamentar), especialmente sobre o pálio da fiscalização e controle do empregador através das novas tecnologias.

3.4 Espécies do Poder Empregatício: Diretivo, Disciplinar e Regulamentar

Tradicionalmente, pela doutrina, o poder empregatício subdivide-se em uma visão tripartite de poder, tais como: o poder diretivo, o regulamentar e o disciplinar.

Em relação ao *poder diretivo*, a sua posição na vereda do poder é de protagonismo. É a prerrogativa concentrada ao empregador para dirigir a empresa laboral em todos os seus aspectos, externos e internos, inclusive os métodos de trabalho e orientações aos empregados, agregando poderes de fiscalização (controle) e regulamentação da atividade laboral.

Compreendido como o poder dos poderes do empregador, legitimado pelo contrato de trabalho, a sua dimensão tem por característica organizar a empresa laboral e direcionar a força de trabalho de maneira concreta aos objetivos definidos pelo empregador, dentro dos limites previstos no contrato e na lei.

Como no contrato não é possível exaurir todo o conteúdo da prestação laboral, o poder de direção do empregador é fundamental para efeito garantir a gestão adequada da empresa, possibilitando o seu funcionamento sem perturbações derivadas da falta de autoridade sobre os seus membros. Pela indeterminação do contrato de trabalho, é o empregador quem deverá delegar as tarefas, diretrizes e ordens de serviço aos trabalhadores. É obrigação do empregador determinar, concretizar, especificar, conformar

e precisar o conteúdo concreto da prestação através da adoção de um processo complexo de decisões, ficando o trabalhador obrigado a cumprir essas mesmas ordens e diretrizes¹⁴⁷.

O poder de direção é exercido através da emissão de ordens e instruções do empregador que concretizam o genérico dever de trabalhar contratualmente estipulado, dando origem para o trabalhador a deveres específicos de realizar certas tarefas¹⁴⁸. Corresponde à concessão a uma das partes do poder de determinação da prestação da outra sob o ponto de vista hierárquico.

Insere-se também no poder diretivo, o poder de controle sobre a atividade, nomeadamente pela fiscalização da rotina e desenvolvimento do trabalho.

O *poder disciplinar*, por outro lado, corresponde à faculdade do empregador aplicar sanções ao trabalhador enquanto vigorar o contrato de trabalho. É a prerrogativa conferida ao empregador para propiciar sanções aos empregados em caso de descumprimento das obrigações legais e contratuais.

Este poder inequivocamente decorre da prerrogativa punitiva do empregado, que, de maneira culposa, violar os deveres contratuais. Estas sanções podem ser variadas, seja pela repreensão do ato até a rescisão contratual sem qualquer indenização ao trabalhador.

Ao final, o *poder regulamentar* compreende o poder de criar regulamentos vinculativos onde constam as normas de organização e disciplina do trabalho¹⁴⁹. Não resultam em normas jurídicas – mas por simples cláusulas obrigacionais¹⁵⁰. Como a regulamentação é proveniente de uma posição unilateral, a sua vinculação limita-se ao território da empresa e ao universo privado daquela realidade.

A sua característica naturalmente advém do próprio poder diretivo como meio pelo qual se obtém o justo equilíbrio entre as partes, com prévia normatização das condutas dos trabalhadores e dos direitos e obrigações no ambiente laboral.

¹⁴⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 359.

¹⁴⁸ LEITÃO, Luiz Manoel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 314.

¹⁴⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Curso de Direito do Trabalho**. Lisboa: Ed. Verbo, 2004. p. 362.

¹⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 713.

3.5. Fundamentos do poder empregatício

A respeito do fundamento jurídico do poder empregatício (diretivo e disciplinar) no cerne da relação de emprego, algumas correntes doutrinárias foram solidificadas ao longo dos anos; algumas já estão até superadas, a despeito de relevância jurídico-filosófica para a definição do poder entre empregado e empregador.

As correntes mais difundidas são as *privatísticas*, as quais se remetem à ideia da propriedade privada; a *institucionalista*, que se reporta à ideia de empresa como instituição; a *publicística*, que se remete à ideia do poder empregatício como delegação do poder público; e a concepção *contratualista*.

A corrente *privatística*, corolário do direito de propriedade, adveio da ideia fundamental da supremacia do poder empregatício como condição inerente ao poder unilateral e assimétrico do empregador sobre o empregado. Embora tenha tido numerosos adeptos no desenrolar da doutrina *justrabalista*, não há como acatar o conjunto teórico característico à corrente da propriedade privada, pois, além de desprezar o conceito característico da liberdade do ser humano no contexto das relações de produção, ainda assim tais concepções não expressam a complexidade do poder imanente ao empregador, reduzindo-o a um conjunto de prerrogativas unilaterais somente pelo poder da propriedade privada, em detrimento às ações dos trabalhadores democraticamente no contexto da relação de poder e na empresa¹⁵¹. Em relação ao poder disciplinar, diz José Augusto Rodrigues Pinto, trata-se de uma posição índole privada ainda mais radical, pois situa o fundamento do poder disciplinar no direito de propriedade sobre a empresa, antes que no próprio contrato de trabalho¹⁵².

A posição do *institucionalismo* compreende a modalidade pela qual a empresa é vista como instituição direcionada à organização dos trabalhadores. Trata-se de uma posição publicista, derivada do poder hierárquico, oriunda de direito público; a empresa possui um caráter mais político e social do que jurídico.¹⁵³ Para Luiz José de Mesquita:

“Visto do lado institucional, esse direito encontra fundamento no interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de atingir um bem comum de ordem

¹⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 720.

¹⁵² RODRIGUES PINTO – José Augusto – **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007. ISBN 978-85-361-0975-6. p. 308.

¹⁵³ MELGAR, Alfredo Montoya – **Derecho del Trabajo**. 24ª. ed. Madrid: Ed. Tecnos, p. 364.

econômico-social. A ordem na organização técnica da produção e na administração interna da empresa exige uma direção neste sentido¹⁵⁴.”

A sua visão autoritária, que predominou na Europa na primeira metade do século XX, associada à política autoritária daquele período, trata-se, na verdade, preferentemente, de concepção meramente justificadora de certo tipo de situação de poder mais do que uma concepção explicativa, pois dissimula a presença da liberdade na relação de emprego e nega o caráter dialético do poder nessa relação.

Por decorrência da corrente institucionalista de cariz autoritário, a concepção publicista concebe o poder empregatício como delegação do Poder Público. Naquela época (primeira metade do século XX), ou socorria-se da ideia da empresa como “instituição” ou de delegação do poder ao empresário pelo Estado.

A concepção publicista sofreu as mesmas críticas lançadas contra o institucionalismo, pois “liberdade, vontade, processo multilateral e dialético são realidades que desaparecem na equação teórica publicista”, realidades indispensáveis ao tentar compreender a estrutura e dinâmica da relação de emprego e do exercício do poder no interior da empresa¹⁵⁵.

A posição contratualista supera todas as teorias anteriores e atualmente é hegemônica no universo das relações de trabalho. É a concepção com largo potencial explicativo da realidade, dando curso tanto a visões mais assimétricas acerca do fenômeno do poder, como a perspectivas mais dialéticas e menos assimétricas desse fenômeno.¹⁵⁶

Como ressaltado por Maurício Godinho Delgado:

“É o contrato, de fato, o elemento que melhor confere suporte à origem e reprodução jurídicas de tal fenômeno de poder. Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito), que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno¹⁵⁷.”

Neste sentido, a teoria do contrato é a mais aceita pela doutrina atual como subsídio do poder empregatício, ainda mais pela maior aproximação com a realidade fática e jurídica da relação de empregado e empregador.

¹⁵⁴ MESQUITA, Luiz José de. Direito Disciplinar do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 64.

¹⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 722.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, p. 720.

¹⁵⁷ *Ibidem.* p. 762.

3.6. Natureza jurídica do poder empregatício

A respeito da natureza jurídica do poder empregatício (poder diretivo, ao qual vale referência ao tema), não é pacífica e algumas teorias surgiram historicamente para justificá-la. As vertentes tradicionalmente mais mencionadas definem o poder diretivo de diversas formas, dentre elas: como um poder potestativo, como um poder subjetivo, ou hierárquico ou, finalmente, como um direito-função.

O poder diretivo como direito potestativo exercita-se como prerrogativa do titular para, por sua própria vontade, influir a qualquer momento na relação jurídica existente, determinando o conteúdo das prestações de cada uma das partes envolvidas. Esta visão perdeu a sua relevância pela inadequação da fórmula utilizada, de caráter individual, contrária à participação democrática dos trabalhadores na empresa.

Outra concepção, a de direito subjetivo, confere ao titular a prerrogativa conferida pela ordem jurídica de exercitar direito previsto em lei ou contrato. Esta concepção trata-se de avanço científico à teoria do direito potestativo¹⁵⁸.

A última concepção mais difundida é a do poder diretivo como direito-função; nela o poder é atribuído ao sujeito de direito para a tutela não do seu próprio interesse, mas de um interesse alheio. Como diz Octávio Bueno Magano:

“...ao contrário do que sucede com o direito subjetivo *stricto sensu*, que visa sempre à satisfação do interesse egoísta do seu titular, o direito-função orienta-se no sentido de satisfazer interesse alheio”, como é o caso do interesse da empresa¹⁵⁹.”

Este é um direito altruísta, o qual deve ser cumprido pelo titular com base na finalidade da norma – uma função – da maneira mais útil possível pelo titular da obrigação¹⁶⁰, o qual necessariamente se afasta da ideia do direito potestativo.

Em suma, as demais concepções (direito potestativo e direito subjetivo) não foram capazes de amparar satisfatoriamente o fenômeno do poder empregatício e suas variantes, contrário ao poder despótico e individualista do empregador, pois, a rigor, o direito-função tratou da primeira concepção “*que se mostra sensível ao dado empírico da participação*

¹⁵⁸DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 729.

¹⁵⁹MAGANO, Octavio Bueno, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁰BARROS, Alice Monteiro, *op. cit.*, p. 584-585.

obreira no contexto empresarial interno e aos efeitos decorrentes dessa participação – principalmente os efeitos limitadores dessa participação”¹⁶¹.

A efetiva limitação dos efeitos do poder empregatício é dos fenômenos com cariz conceitual de maior importância para a relação de trabalho, do qual os efeitos limitadores devem ser consignados no contrato de trabalho (embora de adesão), somando os freios legais e principiológicos.

3.7. Os limites do poder empregatício

Como elemento do contrato de trabalho, o exercício do poder empregatício necessariamente deve contemplar certos limites. Não é poder absoluto e nem poderia ser. O caráter patrimonialista não atinge a pessoa e deve – originariamente, como parte integrante do contrato – respeitar os direitos iminentes do ser humano e sua dignidade.

Para José Augusto Rodrigues Pinto¹⁶², o poder do empregador só é absoluto para criação da empresa: *“Os demais, também chamados de poderes, de direção e disciplinar são, em verdade, simples emanações desse poder originário, com o intuito de permitir que se mantenha a unidade executória do empreendimento e a hierarquia da organização.”*

Assim, o direito do trabalho e seus princípios devem compatibilizar o direito do empregador em gerir a empresa e dela auferir lucro, derivado da livre-iniciativa e ao direito de propriedade, com os mecanismos de tutela do trabalho para fins de equilíbrio da relação jurídica assimétrica. Compreendido o poder empregatício como direito-função, natureza jurídica, o empregador deve contemplar e acolher, de algum modo, os interesses contrapostos, em prol da empresa e de sua função social.

Estas são as palavras de Teresa Coelho Moreira¹⁶³:

“O Direito do Trabalho cumpre uma dupla função, de garantia de seu papel consubstancial de instrumento de tutela do trabalho, impondo limites à autonomia privada individual para proteger o trabalhador contratante e débil, e oferecendo ao empregador instrumentos jurídicos para a gestão da sua organização, mas limitando, simultaneamente, o autoritarismo da empresa, racionalizando o factor trabalho e favorecendo a transparência, assim como o bom funcionamento do mercado de trabalho.”

¹⁶¹MAGANO, Octavio Bueno, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶² RODRIGUES PINTO – José Augusto – **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007. p. 305

¹⁶³ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.* 505.

Em termos gerais, além da limitação prevista em lei e do próprio contrato (vide artigo 97.º do CT¹⁶⁴), outra indireta é a de que os atos do empregador limitar-se-ão aos direitos fundamentais, dentre eles os direitos da personalidade do trabalhador. Nesta linha, Menezes Leitão¹⁶⁵ assevera: “*O poder de direcção pode, porém, ainda estender-se a aspectos conexos com a prestação de trabalho, desde que sejam justificados pelo interesse da empresa e não afectem os direitos de personalidade do trabalhador.*”

Ao final, o objetivo é a dignidade da pessoa humana¹⁶⁶:

“É que a Constituição pretendeu instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores da harmonia social. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. (...) Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha empregaticamente no país.”

O poder diretivo tem limites como qualquer outro, não devendo o trabalhador obediência e sujeição sempre que as ordens ou instruções mostrem-se contrárias aos seus direitos, liberdades e garantias¹⁶⁷.

O respeito às orientações (melhor dizendo, ao invés de ordens) do empregador precisa ser acatado pelo empregado por força da relação hierárquica e pelo contrato, desde que lícitas: “*Não está o empregado obrigado a acatar ordens que lhe exijam uma conduta ilegal (prática de um crime), aliás ele tem até mesmo o dever de descumprir a determinação*”¹⁶⁸.

Contudo, a limitação gera questionamentos de ordem sociológica e jurídica. Um destes questionamentos é como o empregador poderá empreender e gerir a sua empresa, com autonomia e liberdade, se o trabalhador possui algumas garantias decorrentes dos direitos da personalidade; direitos estes relativamente indisponíveis?

¹⁶⁴ A legislação brasileira não possui preceitos tão claros na direção de estabelecer quais os limites na ordem jurídica instituída, contudo, possui princípios gerais e de natureza constitucional capazes de orientar o intérprete na aplicação concreta da lei.

¹⁶⁵ MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 149.

¹⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 716.

¹⁶⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.* p. 360.

¹⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro, *op. cit.*, p. 485.

A resposta passa necessariamente pela observância da Constituição e da sistematização do ordenamento jurídico. A estipulação do contrato de trabalho e sua execução dependem do “*justo equilíbrio entre a tutela da esfera jurídica do trabalhador e o princípio da liberdade de gestão empresarial*”¹⁶⁹, embora tal condição seja das mais complexas e, na maioria das vezes, o destino final é sempre o Poder Judiciário.

Este enfrentamento entre direitos fundamentais necessita da ponderação¹⁷⁰ para permitir a efetiva proteção dos direitos da personalidade do trabalhador, sem, necessariamente, prejudicar a empresa e os princípios constitucionais a ela iminentes, ainda que se cuide de normas de cunho *jusfundamental*¹⁷¹.

Esta possibilidade de atenuação do poder empregatício em suas diversas dimensões – diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar – não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida pela Constituição. Apenas tornam a propriedade efetivamente subordinada à sua função social, colocando a livre iniciativa como valor social realmente ao lado – e não acima – do valor social do trabalho¹⁷².

3.8. O Poder diretivo (e de controle) no contexto das NTIC

No âmbito das NTIC, a dimensão de controle, fiscalização e monitoramento do empregado é qualidade do poder diretivo por derivação do caráter organizativo inerente ao contrato de trabalho. Não obstante, para efeitos didáticos, ao invés de utilizar a expressão “poder empregatício” para definir a relação de poder outorgada pela lei e regulamentada no contrato de trabalho, valho-me da espécie deste poder, qual seja, o poder

¹⁶⁹ MARTINEZ, Pedro Romano apud BELMONTE, Alexandre Agra – **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2013. p. 24.

¹⁷⁰ cf. Daniel Sarmento: “*De qualquer forma, hoje é predominante na doutrina a idéia de que a colisão entre princípios resolve-se através de uma ponderação. A questão, todavia, está longe de ser pacificada, pois autores influentes como Jürgen Habermas, Klaus Günther e Friedrich Müller questionam a ideia de ponderação, que segundo eles, pressuporia uma confusão entre juízos axiológicos e deontológicos, e importaria em insegurança e decisionismo judicial. Preferem estes autores a concepção de que, nos conflitos entre princípios, deve-se empregar um juízo de adequação, para, através da análise de todas as variáveis fáticas e normativas do caso, concluir sobre qual princípio realmente incide, com exclusão do outro.*” (SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p.65.)

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 149.

¹⁷² DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ª ed. São Paulo: LTR, 2015. p. 691.

diretivo, por ser mais vantajosa a discussão do fenômeno jurídico colocado em discussão. E, é claro, o controle do empregador consubstancia na própria expressão da eficiência econômica do negócio, ou seja, sem controle não há poder. E a tecnologia arrefece o caráter panóptico e da vigilância sobre as pessoas como peça de engrenagem indispensável do poder a serviço do aparelho de produção.

Assim, corolário do poder diretivo, a faculdade conferida ao empregador para fiscalizar e vigiar a prestação de serviços é inerente ao contrato de trabalho¹⁷³. A vigilância exercida pelo empregador na tradicional modalidade produtiva encontrou novos desafios na seara das novas tecnologias; o controle e a fiscalização tradicional foram absorvidos por novas modalidades de gerenciamento da atividade produtiva, como a utilização da *internet*, controle visual, do som, do *e-mail* do trabalhador, dentre outros mecanismos com poder “ilimitado” de recolha de dados pessoais. Tem-se eficazmente que:

“El avance tecnológico permite, por tanto, que el control empresarial gane en cantidad y en calidad, pues habilita un mayor número de instrumentos capaces de fiscalizar más aspectos de los controlables mediante la vigilancia tradicional, siendo además más precisos y detallados, al tiempo que abren un gran número de posibilidades de almacenamiento y de reproducción”¹⁷⁴.”

Entretanto, como diz Teresa Alexandra C. Moreira:

“Desta maneira, o empregador é livre de decidir estabelecer as medidas de controlo da prestação laboral que entender mais convenientes, sendo também livre quanto à forma de controlo está limitado, contudo, pela sua finalidade e pela adequação do instrumento escolhido. Também os modos de controlo têm de ter uma relação directa e razoável e razoável com o que se quer e o que se pode controlar, restringindo-se a este fim”¹⁷⁵.”

Consequentemente, estas novas tecnologias, diretamente conexas com os meios informáticos, determinam uma mudança no poder de controle do empregador na medida em que grande parte da direção, controle e vigilância é realizada a distância pelo uso do computador. É inegável que as novas tecnologias alteraram e estão alterando substancialmente o modo de execução do contrato de trabalho, o relacionamento humano e a forma de exercício dos direitos fundamentais¹⁷⁶, dos quais decorre que o poder diretivo

¹⁷³ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *op. cit.* p. 368.

¹⁷⁴ LÓPEZ, Rodrigo Tascón – **La Protección de Datos Personales de Los Trabajadores**, Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 16. 2008.

¹⁷⁵ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.* p. 373.

¹⁷⁶ SAKO, Emilia Simeão Albino – Trabalho e Novas Tecnologias. São Paulo: Ed. LTr, 2014.. p. 114.

“encuentra en las nuevas tecnologías un instrumento clave para mejorar la efectividad de la organización y el rendimiento del trabajador, cuya actividad se ve facilitada con la utilización de las herramientas de trabajo adaptadas a las nuevas tecnologías¹⁷⁷”.

E, de fato, a faculdade de controle independe do objeto, mas depende do modo pelo qual é exercido. O emprego das ferramentas tecnológicas deve ocorrer no curso do contrato de trabalho, na execução deste, no âmbito do horário de trabalho, no local de trabalho ou naquele escolhido pelo empregador, em local público, infenso a banheiros e cujo controle se dê em bens particulares, em armários e locais de reunião de representantes dos trabalhadores ou sindicato.

Em ambos os casos, a faculdade conferida ao empregador de fiscalizar as atividades profissionais de seus empregados¹⁷⁸, inclusive valendo-se de ferramentas tecnológicas aplicáveis aos computadores dos trabalhadores, necessita compatibilizar-se com os limites da legislação e a correta adequação aos fins a que se destinam, suprimindo a imperativa pretensão de fiscalização da atividade profissional de maneira deliberada.

A ordem jurídica outorga ao empregador o poder diretivo, em todas as suas prerrogativas, de reger, organizar e controlar o empreendimento (e até punir), com a vantagem de ainda usufruir da subordinação do trabalhador. O contraponto jurídico a estes poderes supremos¹⁷⁹ é justamente os valores e princípios constitucionais aplicáveis e dos direitos fundamentais, a ponto de dirimir e restringir o campo de atuação pelo empregador; a sua força normativa representa potencial aptidão de proteção aos direitos da personalidade do trabalhador, nomeadamente a privacidade.

Por isto, o controle e fiscalização empreendido por meio eletrônico são fatos que necessitam de regulamentação adequada, sob pena de violação aos direitos da personalidade, nomeadamente a privacidade. A roupagem necessária de proteção perpassa pelo campo da eficácia privada dos direitos fundamentais frente ao avanço científico desenfreado e sistêmico, cujo reflexo na vida social e trabalhista é sentida mais claramente pelo controle de dados pessoais e sensíveis, com especial intrusão diuturna da privacidade, isto em um universo de intenso controle da rotina laboral dentro e fora da empresa.

¹⁷⁷ ÁVILES, J. A. Fernández e RICO ROLDÁN, V. Rodríguez. **Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral es España** - revista Labour & Law Issues, v. 2, n.1, 2016, ISSN: 2421-2695.

¹⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro, *op. cit.*, p. 587.

¹⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.* p. 757.

3.8.1. No cenário do poder diretivo, o teletrabalho trata-se de uma das variantes controversas da aplicação das NTIC. Inegável que, com o advento da era digital e da economia global, novas oportunidades abrem-se ao mercado de trabalho, tais como, o teletrabalho, “*graças à utilização iterativa de equipamentos de informática e da rede de telecomunicações, denominada de telemática, o indivíduo pode realizar as suas atividades profissionais à distância, inclusive transfronteiras, ou na própria residência*”¹⁸⁰.

Significa que, com o teletrabalho, o trabalhador poderá realizar a sua atividade “*na sua residência ou em outro local que não seja o local de trabalho do empregador, remunerado, resultando num produto ou serviço especificado pelo empregador, independentemente de quem provê o equipamento, materiais ou outros insumos*”¹⁸¹. Ou seja, pela natureza, trata-se de atividade desenvolvida em locais distantes da sede principal da empresa, através da telemática, podendo ser total ou parcial a prestação de serviços, isto no tocante ao local do trabalho¹⁸².

No Brasil, esta modalidade de trabalho foi recém regulamentada pela lei 13.467/2017, ao instituir o artigo 75-C da CLT, o qual o teletrabalho é a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Em Portugal, o artigo 165º do CT define o trabalho como “*a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação*”¹⁸³.

Disto resulta, em ambos países, uma controvérsia conceitual sobre os limites do poder diretivo na utilização das NTIC, ou seja, se o empregador pode ou não controlar a atividade laborativa, independentemente se no âmbito residencial deste. Na prática, alguns casos são pragmáticos, como o controle e fiscalização sistemática de vendedores externos e motoristas profissionais por meio telemático, do qual decorre a utilização do GPS a qualquer momento e hora do dia¹⁸⁴. É o caso das ferramentas para controle de metas e o

¹⁸⁰ BRAMANTE, Ivani Contini. São Paulo. LTR, v. 76, nº 4, Abril de 2012, 76-04-392.

¹⁸¹ Definição conceitual dada pela Convenção 177 da OIT,

¹⁸² PEDREIRA, pinho - **O Teletrabalho**. São Paulo: Ltr, v. 64, n.5, p. 583, maio de 2000.

¹⁸³ Em nível Europeu foi estabelecido o Acordo Marco sobre Teletrabalho em 16 de julho de 2002, no âmbito da Comunidade Europeia, tendo silenciado na ocasião sobre questões relevantes a respeito da proteção de dados dos trabalhadores em regime de teletrabalho, sistema de controle da atividade, equipamentos de trabalho. (Emília Simeão, p. 54-55)

¹⁸⁴ A controvérsia diz respeito à possibilidade de fiscalização do empregador pela geolocalização fora do horário contratual e nos períodos para refeição e descanso. Aí sim teremos uma intrusão indevida na privacidade do empregado, a ponto de conhecer o local em que o trabalhador se encontra e interferir

desempenho da atividade profissional através de programas instalados nos telemóveis que permitem a realização de venda em tempo real (“*on line*”)¹⁸⁵.

Como uma profecia Orwelliana¹⁸⁶, alguns programas de computador registram os sites de *internet* visitados e a frequência, fornecendo informações sobre os horários em que o trabalhador acionou cada tecla de seu instrumento de trabalho, ainda que a distância e no âmbito residencial¹⁸⁷.

Todas estas variantes restringem a privacidade, ainda que na condição de teletrabalho. É o que Teresa Alexandra C. Moreira define como a expectativa do empregador em recriar o perfil do trabalhador, isto sempre através das NTIC¹⁸⁸.

Outro risco ocorre quando o controle se dá fora do horário de trabalho, sem atendimento de objetivo lícito para a recolha e tratamento de dados desta natureza¹⁸⁹, ainda mais quando o direito à desconexão precisaria ser valorizado pela sociedade e pelos empregadores.

3.9. Do Direito à Desconexão como contraponto ao avanço tecnológico e limitador do Poder Diretivo

De todo o acima referido sobre os limites do poder empregatício frente às NTIC, faz-se importante citar um movimento contrário a todo absolutismo do poder empregatício empresarial, qual seja, o próprio direito à desconexão.

A discussão jurídica faz muito sentido nos tempos atuais ao equiparar o trabalho a distância ao trabalho presencial, limitando o controle e exigência do empregador àquelas decorrentes da jornada de trabalho, sem necessidade do trabalhador manter-se vinculado

diretamente no modo pelo qual o trabalho é exercido e gerir comportamentos do empregado para efeito de discriminação no emprego

¹⁸⁵ Na concepção de Ivani Contini Bramante: “Neste caso, o computador está inserido em uma rede de comunicação eletrônica com a empresa e possibilita o envio do trabalho, o recebimento do resultado, o controle das tarefas desempenhadas, inclusive, em tempo real. Neste caso, o computador é a um só tempo, instrumento de trabalho e instrumento de controle da execução das tarefas. (BRAMANTE, Ivani Contini. São Paulo. LTR, v. 76, n. 4, p. 391–412, abr., 2012).

¹⁸⁶ WARD, Antón G. y WARD, J.J, «**Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?**» Labor Law Journal, vol. 49, núm. 3, 1998, pp. 897 y ss.

¹⁸⁷ SAKO, Emilia Simeão Albino – **Trabalho e Novas Tecnologias**. São Paulo: Ed. LTr, 2014 p. 164.

¹⁸⁸ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit* p. 421.

¹⁸⁹ SIMÓN, Sandra Lia – A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Emprego. São Paulo: Ed. LTR, 2000. p. 178.

ao trabalho quando encerrada a rotina diária de serviço, com a necessidade de responder *e-mail*, receber chamada telemóvel, ou outro meio de interação comunicativa.

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar-se do trabalho¹⁹⁰. O trabalhador tem direito à desconexão, isto é, a afastar-se totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer; seu ambiente domiciliar contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida privada do empregado¹⁹¹.

A vida privada do trabalhador está mais estreita em relação à sua condição pessoal e profissional; o trabalhador fora do expediente de trabalho não sabe diferenciar esta realidade e, por pressão do empregador, vê-se coagido a permanecer de prontidão, responder sistematicamente o correio eletrônico fora do horário de trabalho, permanecer com o telemóvel ligado e, por vezes, em permanente visualização do aplicativo *whatsapp* – em resumo, manter-se conectado vinte e quatro horas por dia e a serviço do empregador, ainda que por influência indireta pela própria natureza competitiva intraempresarial.

O Direito à Desconexão consiste, portanto, no direito do empregado de, fora de sua jornada de trabalho, poder dedicar-se às suas atividades pessoais, familiares, outras atividades de seu interesse e ao ócio; enfim, todas as demais atividades não relacionadas ao seu trabalho, família e lazer. É a liberdade de usar o seu tempo de vida livremente, da forma que entender mais conveniente, sem estar, de qualquer maneira, vinculado às suas atividades laborais neste período. Em outras palavras, é o direito de não trabalhar fora de seu horário de trabalho, bem como estar livre da preocupação de ter interrompidos os seus períodos de intervalos e férias¹⁹².

É o direito ao não trabalho, condição salutar e necessária para garantir ao trabalhador a sua dignidade e os direitos fundamentais à saúde e privacidade. Corolário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, de modo que, ao

¹⁹⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luis – Do Direito à Desconexão do Trabalho. Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁹¹ CASSAR, Vólia Bomfim – **Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Método. 2012. ISBN 8530944410. p. 1049.

¹⁹² HARFF, Rafael Neves – Direito à Desconexão. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=yem: Acesso em 02 nov. 2018.

empregador, compete organizar a jornada de trabalho para assegurar a preservação da vida privada dos trabalhadores, assegurando-lhe a desconexão do trabalho¹⁹³.

Como exemplo de paradigma limitador deste avanço tecnológico, a França regulamentou o direito à desconexão (LOI n°2016-1088, de 08 de agosto de 2016) em seu art. 55 (V), alterou a redação do parágrafo 6.º e incluiu o parágrafo 7.º ao artigo L.2242-8 do Código de Trabalho Francês, cujo escopo foi proteger a saúde do trabalhador e ampliar o convívio social e familiar.

A lei em questão é dos paradigmas atuais de maior referencial teórico, como meio racional da utilização de ferramentas digitais, a fim de garantir o descanso adequado do trabalhador e o aproveitamento do convívio social e familiar, garantindo a desconexão no trabalho:

“La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur:

1° L'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle pour les salariés; [...]

6° L'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés prévu au chapitre Ier du titre VIII du présent livre, notamment au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise;

7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. “

Como previsto no direito francês, a matéria do Direito à Desconexão passa a constar dentre as matérias objeto de negociação coletiva anual obrigatória (que na França é obrigatória para determinadas matérias), dever-se-ão incluir, dentro das condições relativas à qualidade de vida dos trabalhadores, as modalidades do exercício do Direito à Desconexão, com a implementação de dispositivos para regular o uso das ferramentas

¹⁹³ Trecho reproduzido do Acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, em sede de julgamento de Recurso Ordinário, processo 0248500-8.2009.5.02.0067, na data de 25 de fevereiro de 2014.

digitais, a fim de garantir o cumprimento dos períodos de intervalos e férias, bem como o respeito à vida pessoal e familiar¹⁹⁴.

De mais a mais, fica claro que o Direito à Desconexão é o contraponto jurídico ao poder empregatício e ao uso das ferramentas digitais em pleno horário dedicado ao descanso. Estas ferramentas geram vícios comportamentais e tolhem a liberdade individual. Não se está falando da dependência adquirida voluntariamente e a nomofobia, mas sim quando a dependência é derivada da imposição do empregador no contexto do contrato de trabalho.

É de esperar que o empregador tenha um comportamento positivo no sentido de mitigar a força restritiva das novas tecnologias. Não basta pagar horas extras como forma de retribuir o tempo perdido. São coisas distintas; horas extras e desconexão; o pagamento pecuniário do primeiro não tem relação com o segundo – não se trata de compensação financeira, mas um dever do empregador, no sentido de reduzir o excesso de zelo no trato dos compromissos fora do horário habitual de trabalho, para, enfim, preservar a liberdade de trabalho¹⁹⁵ e a dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁴ HARFF, Rafael Neves – Direito à Desconexão. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=yem: Acesso em 02 nov. 2018.

¹⁹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro e NASCIMENTO, Sônia Mascaro - **Curso de Direito do Trabalho**, 29ª ed. Saraiva, p. 640. São Paulo, 2014, ISBN 978-85-02-21734-8.

CAPÍTULO IV. Das NTIC nas relações de trabalho – propriedade *versus* privacidade

4.1. Generalidades

Manuel Castels considera que a tecnologia de informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo a energia nuclear, visto que a geração de energia e distribuição de energia foi o elemento principal na base da revolução industrial¹⁹⁶.

Não se questiona a importância da revolução tecnológica para a civilização, a despeito dos seus efeitos deletérios à privacidade, do qual decorre, nos dizeres de Teresa Coelho Moreira, uma radical interferência no campo individual do ser humano pelas novas tecnologias:

“O progressivo desenvolvimento das tecnologias, a difusão cada vez maior de instrumentos informáticos, e o surgimento de múltiplos mecanismos de interferência e de controlo nas comunicações privadas, com uma margem de erro cada vez menor, e com um registo cada vez mais detalhado de diferentes tipos de dados, tornaram evidente “a possibilidade para o detentor do poder informático e telemático de actuar com uma forte ingerência na privacidade das pessoas com as finalidades mais diversas e com meios cada vez mais simples e barato¹⁹⁷.”

Na relação de trabalho só mudam os personagens, embora a realidade cotidiana não seja propriamente uma fábula orweliana¹⁹⁸. Ainda assim algumas ações de controle neste campo podem influenciar diretamente nas liberdades individuais do trabalhador, nomeadamente a privacidade e outras liberdades, como a de pensamento e expressão.

¹⁹⁶ CASTELS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 68.

¹⁹⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 587.

¹⁹⁸ A expressão **Big Brother** é conhecida do grande público, cuja alcunha foi extraída, como se sabe, do célebre livro de George Orwell, no livro 1948, escrito no pós-guerra. O futuro imaginado por Orwell, e sua concepção do regime totalitário, compreende a dimensão fictícia da total perda da privacidade e liberdade de expressão.

Estas interferências nas liberdades individuais e na vida extralaboral se expressa da possibilidade do monitoramento das convicções políticas, ideológicas e filosóficas dos trabalhadores através das redes sociais, como é o caso do «*facebook*», dentre outros.

Como frequentemente visto na rotina laboral, novas¹⁹⁹ tecnológicas já existentes influenciam decisivamente na proteção de dados dos trabalhadores na qualidade de pessoas singulares. Dentre as quais, tratar-se-á das mais acessíveis e comumente adotadas pelos empregadores, entre elas a videovigilância, a fiscalização da *internet* (mecanismo atual de maior impacto direto e imediato sobre a privacidade das pessoas; neste caso inclusive a interferência para fora da relação de emprego, tanto na fase contratual quanto pós-contratual), o controle do *e-mail*, GPS e o próprio telemóvel, sem perder de vistas que estas ferramentas tecnológicas com o tempo serão substituídas por outras cujo embate precisa ser estudado previamente para assegurar a sua aplicação com o menor impacto da privacidade.

4.2. Do controle da navegação da *internet* no contexto laboral e a “razoável expectativa da privacidade”

A massificação do uso das novas ferramentas de comunicações e informação no âmbito empresarial tomou proporções inimagináveis, isto como forma de incremento da produtividade e controle efetivo das práticas ligadas com a competitividade e concorrência entre as empresas.

Assim, como afirma Teresa Alexandra C. Moreira:

“A *Internet* está a ser o fenómeno central das NTIC, apresentando-se como um passo decisivo no avanço dos novos sistemas de informação e comunicação à escala planetária e representando a novidade que mais tem transformado, nos últimos anos, o universo da comunicação, na medida em que, no actual estado

¹⁹⁹ A União Europeia se esforça para prevenir o acesso e utilização de novas tecnologias sem a prévia avaliação dos riscos para os direitos fundamentais, como é o caso do artigo 35, n. 1, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados): “*Quando um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento procede, antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação de impacto das operações de tratamento previstas sobre a proteção de dados pessoais. Se um conjunto de operações de tratamento que apresentem riscos elevados semelhantes, pode ser analisado numa única avaliação*”.

da evolução informática, o carácter multiforme da *internet*, dada a enorme potencialidade e rapidez dos computadores no tratamento de dados e informações, permite que ocorra uma transformação da sociedade contemporânea²⁰⁰.”

Neste contexto, surgem novos desafios em sede de tutela da personalidade humana e do direito à privacidade, exemplos decorrentes da utilização da *internet* e do *e-mail*.

A tecnologia está em todo lugar e acessível a todos. A relação de emprego não é diferente. Negar o acesso a tais ferramentas não é a solução, até porque não seria minimamente razoável. O empregador beneficia-se destes instrumentos, especialmente a *internet*; o objetivo é amplificar a eficiência e garantir maiores lucros.

Sabe-se, contudo, que a utilização da *internet* é facilmente compreendida como um problema de “*intrusão panóptica*”, seja antes ou depois do horário de trabalho, a rigor, claramente identificável neste contexto, como mecanismo de avaliação do desempenho profissional e produtividade. O empregador possui estas ferramentas e são bastante acessíveis, a ponto de produzir um histórico detalhado do fluxo de informações e páginas de acesso, minuto a minuto. O empregador tem, em suas mãos, o conteúdo da utilização, e a estratificação comportamental, ética e social daquele trabalhador, a ponto inclusive de avaliar as suas preferências pessoais, como a forma de pensar, de vestir-se, de votar, de consumir, de relacionar-se com outrem, dentre outras.

No campo protetivo, Portugal optou pela regulamentação legal da utilização desta ferramenta no Código do Trabalho, no artigo 22.º, números 1 e 2, dando seguimento à regulamentação administrativa por intermédio da CNPD, com objetivo definido de formatar administrativamente as fronteiras entre o que é ou não permitido aos empregadores, enunciando um subtexto das normas pertinentes ao Código do Trabalho²⁰¹. Desta disposição resulta a proteção legal e pessoal das comunicações do trabalhador que se revestem de confidencialidade. Diz o artigo 22.º:

“Artigo 22.º Confidencialidade de mensagens e de acesso à informação. 1 - O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico. 2 - O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico.”

²⁰⁰ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 656/657.

²⁰¹ MENDES, Luiz Azevedo. Privacidade e Tecnologias de Informação em Contexto Laboral. VIII Colóquio sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça. Lisboa, Outubro de 2016.

Assim, tanto é protegida a confidencialidade das tradicionais cartas missivas tanto das mensagens enviadas ou recebidas principalmente pelo correio eletrônico; neste caso, a interpretação estende-se naturalmente ao uso da *internet* que tenha sido consultada pelo trabalhador e as informações por ele recolhidas gozam também da proteção do presente artigo. No caso do nº 2, como defendido por Guilherme Dray, a previsão legal do artigo 22º, nº 1 do CT:

“visa repor um justo equilíbrio entre a tutela do direito à confidencialidade de que goza o trabalhador, por um lado, e a liberdade de gestão no lado oposto. A reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e de comunicação manuseadas pela empresa, nomeadamente através da imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores²⁰².”

O lado oposto é o Brasil. Os direitos da personalidade e sua tutela estão direcionados ao direito civil. Sem regulamentação específica na seara laboral, a jurisprudência esforça-se para otimizar o conflito em prol do princípio protetor – máxime do direito do trabalho.

Neste confronto de realidades entre os sistemas jurídicos de Brasil e Portugal - isto do ponto de vista regulamentar – será necessário inicialmente compreender o quão avançado seria o sistema imposto pelo RGPD, em Portugal, e a efetiva atuação plano nacional, suas diretrizes e deliberações (por vezes confrontadas pela jurisprudência), e de outro, no caso brasileiro, se os conflitos são levados ao judiciário e se este se mostra preparado para enfrentar estes novos problemas de salvaguarda da privacidade no contexto da relação de trabalho.

4.2.1 Como já visto, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) possui a atribuição de controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais, com poderes de investigação e de inquérito, dentre outros poderes, com competência ampla a respeito da proteção e tratamento de dados, como previsto no artigo 23.º da Lei 67/98 (LPD). Vale salientar que a LPD continua vigente até haver legislação nacional de execução do RGPD que revogue a Lei 67/98 nas matérias abrangidas pelo regulamento e do que não contrarie o RGPD.

²⁰² DRAY, Guilherme e MARTINEZ, Pedro Romano – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016, p. 162.

Na seara laboral, a CNPD editou a deliberação n.º 1638/2013 (revisão da deliberação de 29 de outubro de 2002), aplicável aos tratamentos de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral, qual compreende o uso da *internet* pelos trabalhadores. É certo que a despeito do carácter multifacetado da rede mundial de computadores, em dois campos, de um lado os serviços de comunicação e de outro a utilização conjunta das informações, sendo que no primeiro está inserido o *e-mail*, e no segundo a transferência e obtenção de informação através da *world wide web* – *www*, a diretiva divide em dois campos de atuação do empregador, ou seja, a *internet*, por si só, e a conta de *e-mail* dos trabalhadores.

De maneira geral, o regramento administrativo renova a importância dos princípios gerais de proteção dos dados com especial referência à aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, conforme trecho da Deliberação 1638/2013, assim sendo:

“(…) De acordo com a alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º da LPD, a recolha de dados deve visar **finalidades determinadas, explícitas e legítimas**, não podendo os dados serem tratados para alcançar objetivos incompatíveis com a finalidade (ou finalidades) que a justificou inicialmente. Concretamente, os tratamentos de dados a serem efetuados no controlo da utilização para fins privados pelos trabalhadores das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral podem ter como finalidades a gestão dos meios da empresa e a produtividade dos trabalhadores

O princípio da proporcionalidade, previsto na alínea c) do n.º 1 artigo 5.º da LPD, reclama que os dados recolhidos sejam adequados a prosseguir a finalidade da sua recolha, e os estritamente necessários para o mesmo efeito, devendo, por isso, o tratamento de dados reduzir-se ao mínimo indispensável ao cumprimento da respetiva finalidade. Além disso, impõe-se ainda um último juízo de ponderação entre os benefícios obtidos com o tratamento e os prejuízos decorrentes para os direitos dos trabalhadores, de modo a garantir que o tratamento não seja excessivo.

Por aplicação deste princípio, os dados a tratar e os meios utilizados devem ser ajustados à organização da empresa, ao desenvolvimento da atividade produtiva e ser compatíveis com os direitos e obrigações dos trabalhadores consignados na legislação do trabalho; correspondendo a um “interesse empresarial sério” que, através do exercício dos poderes de direção e esperando a subordinação do trabalhador, tal tratamento não se revele abusivo e desproporcionado em relação à proteção da esfera privada do trabalhador. Assim, a entidade empregadora deve privilegiar metodologias genéricas de controlo, afastando, sempre que possível, a consulta individualizada de dados pessoais. Uma adequada parametrização aplicada ao universo global dos trabalhadores (v.g., quantidade, custo e duração de chamadas telefônicas, número de mensagens enviadas e tipo de ficheiros em anexo, tempo gasto em consultas na Internet) é suficiente para satisfazer os objetivos do controlo, permitindo detectar eventuais utilizações abusivas.”

Neste contexto, e de maneira programática, o texto normativo esclarece conceitos pertinentes às NTIC, além de elencar princípios aplicáveis à seara laboral e para a correta e harmônica utilização dos meios necessários para tratar os dados pessoais em respeito ao princípio da proporcionalidade na conduta do empregador.

Isto reflete, em linhas gerais, que a utilização para fins privados das NTIC reveste-se de algumas condições, dentre elas a de que a recolha de dados e o controle pelo empregador há de ser genérico, parametrizado de maneira global e com dados gerais sobre utilização da *internet*, tempo de consulta e quantidade de acesso já seriam suficientes para satisfazer os objetivos do controle, permitindo detetar eventuais utilizações abusivas.

Contudo, estes parâmetros são extremamente vagos, com ampla margem de discricionariedade por parte do empregador.

De mais a mais, a CNPD diz claramente que o controle do empregador da utilização da *internet* para fins privados enquadra-se na definição de dados sensíveis e, como tal, depende de sua expressa autorização para o respectivo tratamento de dados (considerado como tal a recolha, o registo, a organização, a conservação, etc), embora permita a escolha dos meios de controle para fins privados, com obediência aos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da boa-fé, com a finalidade reduzir o impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Entende-se, com isto, aplicável o disposto no artigo 7.º, 1 da LPD, pelo qual é:

“...proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos.”

A proteção pela qual se faz legítima a intervenção da CNPD diz respeito aos dados sensíveis e que envolvam a recolha e acesso de dados pessoais de cunho privado do trabalhador; ainda que se confundam e estejam misturados com as comunicações de natureza profissional. E, para compatibilizar o acesso e o tratamento de dados gerais sobre o trabalhador sem envolver a recolha de dados privados, relativamente à navegação da *internet*, estão previstos os preceitos para o controle do empregador. São eles:

- a) O empregador deve publicizar a possibilidade de acesso para fins privados, os limites estabelecidos e a forma de controlo que podem ser eventualmente adotados;

- b) O empregador deve criar sistemas de filtros preventivos contra websites indesejáveis ou não aceitos pela estrutura funcional da empresa;
- c) A entidade empregadora não deve fazer um controlo permanente e sistemático do acesso à internet;
- d) O controle deve ser global e não individualizado, a fim de possibilitar eventuais desvios e abusos à norma estabelecida;
- e) Admite-se seja feito um tratamento estatístico dos sítios mais consultados na empresa, sem identificação dos postos de trabalho, para que possam ser aplicados os filtros que se tenham por convenientes, sendo permitido também controlo estatístico do tempo médio de conexão;
- f) O controlo em relação ao tempo de acesso diário e aos sítios consultados por cada trabalhador somente deve ser utilizado de maneira excepcional;
- g) O acesso ao perfil pessoal do trabalhador em redes sociais, em qualquer condição, é proibido.

Entende-se que este último tema – controle de acesso às redes sociais - não é tema a ser tratado pela norma citada, pois não envolve a utilização das NTIC para fins de controle da navegação da *internet*, até porque o acesso aos sítios das redes sociais é público, salvo se a finalidade almejada seja para fins discriminatórios ou para recolha de dados sensíveis.

Em termos gerais, a norma em questão é meramente programática e visa orientar a jurisprudência, conformando-a em regras de conduta sobre as possibilidades fáticas e jurídicas. Embora do ponto de vista prático, a maior judicialização visa confrontar a validade de produção de provas para fins de ratificar a justa causa do trabalhador como condição para o despedimento, face ao uso equivocado das ferramentas de trabalho.

4.2.2. No Brasil, a jurisprudência dos Tribunais, nomeadamente os de grau superior como o Tribunal Superior do Trabalho, comumente julgam conflitos indiretos sobre os efeitos da utilização da *internet*, especificamente sobre a validade ou não da justa causa aplicada ao trabalhador e os danos morais decorrentes por acesso a *sites* “indesejáveis” ou moralmente reprováveis.

Neste sentido, vale o precedente daquele Tribunal a respeito da avaliação da justa causa para o despedimento e, naquele contexto, foi avaliada a relação entre a privacidade e o direito de propriedade, de cujos ensinamentos vale a transcrição:

“A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal.

(TST-RR-613/2000-013-10-00.7, julgamento em 10/06/2005, Min. João Orestes Dalazen).”

Neste mesmo precedente, optou-se pela possibilidade do controle da utilização dos meios informáticos fornecidos pelo empregador, não tendo o empregado “razoável expectativa da privacidade” ao utilizar estas ferramentas. Por outro lado, os critérios para navegação da *internet* pelo empregado revestem-se da necessária e prévia regulamentação pela empresa, evitando, de todo modo, regras que caminhem para o abuso de poder ou de prerrogativas, sendo assim, indissociável deste controle a necessidade de “regras claras, sensatas e prefixadas”²⁰³. Assim, desde que não se trate de ato irregular do empregado e que não cause efetivo prejuízo à empresa, o uso normal dos equipamentos não se considera disfunção contratual²⁰⁴ capaz de violar a sua privacidade.

O uso indiscriminado da *internet* pelo trabalhador, sem finalidade conhecida pelo empregador, possui o risco de “contaminação” dos equipamentos com *vírus*, *malware*, *worm*, *bot*, *spyware*, *backdoor*, entre outros, o que simplesmente seria uma justificativa plausível pelo empregador para efeito de limitação ao acesso de *sites* indesejáveis. Revela-se compreensível a medida empresarial de bloqueio de acesso a determinados *sites* da *internet*, bem como a de mecanismos que impeçam o *download* de arquivos e músicas ou filmes no local de trabalho, visto que a utilização da *internet* para estes fins não é adequada muito menos necessária quanto ao cumprimento dos seus deveres no local de trabalho.²⁰⁵

Por outro lado, Teresa Alexandra C. Moreira não vê a faculdade do empregador como uma carta branca, excluindo as situações penalmente reprováveis de visita a *sites* de natureza ilícita; não se deve confundir moral com atividade extra-profissional, ou seja, parece abusivo este interesse pelo conteúdo de páginas de conteúdo erótico ou pornográfico, pois o empregador não pode arrogar-se em defensor da moral e dos bons costumes, pois o que lhe interessa é a possível utilização abusiva dos seus meios informáticos²⁰⁶.

4.2.3. A justificativa para a utilização do controle pelo empregador poderá ocorrer para evitar a prática de atos ilícitos pelo empregado (pedofilia, crimes sexuais, entre outros), mediante utilização dos equipamentos e computadores do empregador.

²⁰³DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 698.

²⁰⁴*Ibidem*.

²⁰⁵ZANOLETTI, *op. cit.*, p. 315.

²⁰⁶MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 690.

Ora, no entanto, o empregador possui meios jurídicos para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade do empreendimento; basta valer-se do bloqueio de *sites* tendenciosos através de *softwares* capazes de identificar o risco, mas isto não justifica a intrusão alheia à privacidade do trabalhador, ainda mais pelo fato do contrato de trabalho pautar-se na boa-fé contratual.

4.2.4. No Brasil, em certa medida, a insegurança jurídica no contexto da proteção dos dados pessoais não gera grandes discussões jurisprudenciais, talvez pela incompreensão da classe trabalhadora a respeito dos direitos fundamentais em risco. Enquanto isso, os limites ao poder empregatício são poucos e o controle indiscriminado atinge o patamar da normalidade. O risco reverte-se no tratamento dos dados e na utilização do empregador para fins não adequados, como o controle de ordem comportamental, a lista de *sites* indesejáveis de ordem política e ideológica, religiosas, dentre outros.

De um lado, o empregador possui a condição de limitar o acesso e visualização de *sites* indesejáveis, exemplo os de conteúdo pornográfico, de outro, como garantir o exercício das liberdades se a lei não se preocupa com a temática, dentre elas a liberdade de crença e religião, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento; a insegurança surge neste momento, até porque não existe regra jurídica limitadora da discricionariedade do empregador no tratamento de dados.

A jurisprudência deveria distinguir o controle eminentemente voltado para avaliar a produtividade do trabalhador daquele controle centrado em questões acessórias e desvinculadas da condição organizativa previamente estipulada. Como exemplo no Direito Comparado, a *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, na Espanha, em que o artigo 20.3 evoca a necessidade do controle “*para verificar o cumprimento pelo trabalhador das suas obrigações e deveres de trabalho*”, durante o horário de trabalho e no local da prestação de serviços, sempre pautado na dignidade da pessoa humana. Fernando de Vicente Pachés afirma que:

“1º El control informático se realiza sobre el cumplimiento de la prestación de trabajo. Si el control se centra exclusivamente sobre la prestación de trabajo, es decir, un control destinado únicamente a verificar “el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, en este caso, el control empresarial habrá que estimarlo plenamente legítimo.

2º El control va más allá del cumplimiento o no de la prestación de trabajo, de modo que nos aporta unos datos que nos permite una valoración del comportamiento y actividad del trabajador. Nos encontramos ante aquellos supuestos en los que el software empleado una serie de datos que por su número y significación posibiliten una reconstrucción del comportamiento del trabajador y permita un juicio sobre la actividad del mismo.²⁰⁷

Se assim for, deve-se distinguir os casos em que a aferição do comportamento esteja vinculada exclusivamente com a produtividade, “*de aquellos otros em los que resulten ser una realidad accesoria y, por tanto, prescindible*”, por atentar-se com a dignidade do trabalhador.

A este respeito, Sandra Lia Simon reconhece:

“Se o empregado permite que seus empregados se utilizem da internet para assuntos particulares, o que não é raro em virtude dos baixos custos da operação, deverá respeitar a intimidade e a vida privada. Isso porque, ao dar este “voto de confiança” aos empregados, deve permitir o livre desenvolvimento da personalidade humana²⁰⁸.”

E prossegue ao afirmar, em conclusão a tudo o que já foi referido, quando o:

“...patrão tem a suspeita de que a internet está sendo utilizada pelo empregado de forma a interferir na execução do seu trabalho ou a colocar em risco o nome da empresa, poderá proceder a uma fiscalização mais substancial. Por exemplo, se o empregado passa “navegando” boa parte do dia, em detrimento da realização de suas tarefas, ou se acessa sites ilegais, como aqueles que veiculam pornografia infantil²⁰⁹.”

4.2.5. O empregado goza da confidencialidade das informações obtidas por meio da *internet*, em seu conteúdo substancial e material, exemplo da previsão do 22.º, n. 1 do Código do Trabalho em Portugal: “*O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico*”.

Assim, como ressalta Guilherme Dray²¹⁰ tanto é protegida a confidencialidade das tradicionais cartas missivas, como a das informações enviadas ou recebidas através da

²⁰⁷ PACHÉS, Fernando de Vicente – **El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad**. Madrid: Ed. CES, 1998. p. 323.

²⁰⁸ SIMÓN, Sandra Lia – **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Emprego**. São Paulo: Ed. LTR, 2000. p. 157.

²⁰⁹ BARROS, Alice Monteiro de - **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ª ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 30-31.

²¹⁰ DRAY, Guilherme – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016. p. 161.

utilização de tecnologias de informação e de comunicação, igualmente os *sites da internet* que hajam sido consultados pelo trabalhador e as informações por ele colhidas, sem excluir deste contexto as comunicações telefônicas. Este é o princípio a ser preservado o qual se vale do artigo 22.º do Código do Trabalho. O que deve ser preservado é que, em certa medida, o empregado tem o direito de reserva e confidencialidade do conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte o correio eletrónico de seu uso quando autorizado pelo empregador a utilizá-lo para fins particulares e alheios aos serviços²¹¹.

Como todo princípio não goza de caráter absoluto, a relativização dos preceitos aplicáveis e sua compatibilização com o mundo real encontra amplo aspecto de discricionariedade no poder diretivo do empregador, pois o artigo 22.º, n.º 2 do CT permite criar regras de utilização dos meios de comunicação na empresa restringidas naturalmente à confidencialidade. (artigo 22.º, n.º 2 do CT: “*O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico*”). Este poder foi ampliado pela Deliberação 1632/2013, a qual, com base na ponderação de princípios constitucionais e na finalidade atendível, possibilita condições de controle do acesso do trabalhador sobre a sua vida privada é íntima, a despeito da ferramenta tecnológica ser fornecida pelo empregador.

A citada normativa legitima a ação punitiva do empregador e dá margem à devassa da privacidade, condição de potencial aptidão para discriminação das mais variadas frentes. Uma matéria desta natureza está avessa à positivação de previsões normativas rígidas e do que pode ou não pode o empregador realizar no tocante ao controle das NTIC no ambiente laboral, diante dos termos do artigo 22.º do Código do Trabalho, ainda mais em se tratando de conflito de princípios constitucionais (privacidade x propriedade). Para assim dizer, pelas definições legais e como defende Guilherme Dray²¹², mais eficaz é o emprego de “*conceitos indeterminados, para além de necessário, é útil: possibilita o avanço da ciência jurídica, garante mobilidade ao sistema e permite que se faça a ponte entre os ideais de “generalidade e segurança jurídica”, por um lado, e a “justiça do caso concreto”, por outro lado, dentro da lógica do sistema.*”

²¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.* p. 780.

²¹² DRAY, Guilherme – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016. p. 161.

A ponderação somente poderia ser aplicada pela devida prestação jurisdicional, e não mediante regramento rígido de conceitos jurídicos sobre dados pessoais e sensíveis do trabalhador como é o caso do regramento proposto pela CNPD.

4.2.6. O telefone cedido pela empresa sofre do mesmo sintoma. O empregador remotamente possui condições de fiscalizar o tempo e modo da utilização do equipamento e verificar a existência do desvio de finalidade empreendida, seja para efeito da produtividade laboral, seja para fins pessoais em detrimento dos custos econômicos que tal utilização indevida poderá advir. Contudo, inviolável a quebra do sigilo de comunicação telefônica, ante os termos do artigo 5º, inciso XII, da CFRB.

Evidente que este direito não é absoluto. Em casos específicos em que se denota a utilização do telefone como condição para a prestação dos serviços, como exemplo as empresas de **Telemarketing**, a interceptação das ligações trocadas entre os trabalhadores e clientes é indispensável na garantia dos direitos dos consumidores; e, no caso brasileiro, a observância dos princípios previstos no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor «*o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.* »

A questão é identificar, no contexto amplo dos aspectos do trato entre empregado e empregador, o instrumento tecnológico capaz de atravessar a barreira do legalmente permitido e adentrar na esfera íntima e privada do trabalhador.

4.2.7. Do ponto de vista extralaboral, o empregador poderá controlar a vida do seu empregado, nomeadamente através da *internet* e redes sociais? A resposta negativa parece facilmente perceberia, pois, a rigor, tratar-se-ia de um controle indireto. E mais, este controle poderia descortinar a privacidade e liberdade de expressão, ainda mais quando o trabalhador expõe comportamentos ou insatisfações com superiores hierárquicos, colegas, clientes, especialmente através das redes sociais, das quais decorre a mais profunda transformação social promovida pela *internet*, especialmente pela passagem da interação

individual e empresarial na *internet* para a construção autônoma de redes sociais controladas e guiadas por seus usuários²¹³.

Como o mundo atual está conectado em uma sociedade em rede, o qual, devido à sua penetrabilidade em todas as esferas da atividade humana, a revolução da tecnologia da informação é incontrolável, a ponto de permitir aos trabalhadores externarem os seus conflitos de maneira aberta e em rede, seus amores e ódio, inclusive diretamente aos empregadores.

Neste sentido, o espaço público da rede, na condição de espaço virtual autônomo e de sociabilidade irrestrita para além do controle dos detentores do poder²¹⁴, é fácil concluir que o trabalhador o qual se sinta injustiçado desabafe nas redes sociais toda a sua raiva e medos e quiçá busque também alguma solidariedade de seus colegas de trabalho, ainda mais num enredo social em que a consciência coletiva, representada principalmente pela atuação do sindicato de classe encontra-se tão enfraquecida²¹⁵.

Decorre desta lógica que os comentários extralaborais diretamente ligados com a liberdade de pensamento, da qual decorre o “princípio da irrelevância dos atos da vida privada do trabalhador”²¹⁶. Não cabe ao empregador interferir na vida pessoal ou extralaboral do empregado fora do horário e do local de trabalho, tendo em vista que o trabalhador é livre para conduzir a sua vida pessoal da maneira que entender conveniente

Por outro lado, esta exposição, por si só, não representa conduta passível de justa causa ou represálias do empregador, salvo se claramente difamatória e com objetivo evidente de causar prejuízo aos envolvidos. Este foi o entendimento do recente Acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho no Brasil, a respeito do assunto e, ao final, confirmou o despedimento por justa causa aplicada pelo empregador:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º13.015/2014. JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. FACEBOOK. POSTAGEM OFENSIVA À EMPRESA E AO SUPERIOR HIERÁRQUICO. O Tribunal Regional, acostado no acervo probatório delineado nos autos de forma robusta e contundente, reputou válida a dispensa por justa causa do reclamante por mau procedimento, decorrente de postagem ofensivas no *facebook* à empresa e ao superior hierárquico. Está

²¹³CASTELS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 167.

²¹⁴CASTELS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 167.

²¹⁵TEIXEIRA, Marcelo Tolomei e FABRIS, Daury Cesar - **O Dever fundamental do empregado de respeitar os direitos de personalidade da empresa no meio ambiente digital**. Vol. 79, nº 6, junho de 2015.

²¹⁶BELMONTE, Alexandre Agra Belmonte, *op. cit.*, p. 73.

configurada a falta grave ensejadora da justa causa por mau procedimento prevista no art. 482, "b", da CLT, tendo em vista que o conteúdo probatório delineado nos autos não deixa dúvida quanto à conduta praticada pelo reclamante. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 423-90.2015.5.12.0028, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 31/05/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/06/2017).”

Indissolúvel a controvérsia desta temática, ainda mais quando o objetivo do empregado é a aferição do valor probante dos documentos obtidos da *internet*, relativamente aos comentários de natureza pessoal contra a empresa laboral. Como o ambiente é público, não seria o caso de prova obtida por meios ilícitos em face da proteção constitucional da privacidade. Como precedente, o julgamento do Tribunal da Relação do Porto, no qual concluiu que o trabalhador não goza da confidencialidade ou expectativa de privacidade nas redes sociais nos casos de difamação contra o empregador ou colegas de trabalho, assim, inaplicável o previsto no artigo 22.º do Código do Trabalho, a saber:

“(…) V – Não havendo essa expectativa de privacidade, e estando o trabalhador ciente de que publicações com eventuais implicações de natureza profissional, designadamente porque difamatórias para o empregador, colegas de trabalho ou superiores hierárquicos, podem extravasar as fronteiras de um “grupo” criado na rede social *facebook*, não lhe assiste o direito de invocar o carácter privado do grupo e a natureza “pessoal” das publicações, não beneficiando da tutela da confidencialidade prevista no artigo 22.º do Código do Trabalho. (processo 101/13.5TTMTS.P1, mediante consulta no *site* www.djisi.pt).”

Ainda que em redes sociais e fora do ambiente do trabalho, alguns atos dos trabalhadores podem tornar o contrato de trabalho insustentável. Vólia Bonfim Cassar²¹⁷ ressalta que:

“Em princípio, a conduta do trabalhador fora do local de trabalho ou do horário de trabalho, quando este é executado externamente, não tem qualquer influência na relação de emprego, não podendo o empregador limitar ou fiscalizar os atos praticados pelo trabalhador fora do expediente. Exceção a esta regra ocorre quando a conduta social do empregado repercutir diretamente na relação contratual.

A prejudicialidade e o carácter difamatório dependem necessariamente de reflexos à imagem da empresa e ao próprio contrato de trabalho, não servido como medida punitiva o mero inconformismo ou dissabor sobre atos do empregador em redes sociais ou afins, desde que obviamente não reflitam insubordinação direta e velada.

²¹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim – **Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Método. 2012. ISBN 8530944410. p. 1049.

4.3. Da utilização do *e-mail*

Como prática empregatória decorrente das novas tecnologias de informação, o controle do empregador sobre o *e-mail* do trabalhador não se distancia dos requisitos específicos do controle da *internet*. A sua maior relevância temática ocorre, tal como a *internet*, em razão da dependência humana por esta ferramenta, característica marcante da “sociedade da informação”²¹⁸, cujo instrumento é particularmente afeiçoado às necessidades de presteza e informalidade nas comunicações no tráfico comercial²¹⁹.

Do controle pelo empregador, nasce o confronto entre direitos fundamentais, de um lado, o direito de propriedade e livre iniciativa e, de outro, a privacidade do trabalhador, nela incluída a intimidade. O primeiro ponto a tratar diz respeito ao contexto da inviolabilidade das comunicações pessoais, ou seja, se o empregador detém a prerrogativa de acessar livremente o computador fornecido pelo empregado, inclusive para dele conhecer o conteúdo da mensagem de cunho privado e o *e-mail* não corporativo.

Visivelmente e sem maiores controvérsias, a invasão ao *e-mail* particular do empregado tem aparente proteção Constitucional garantida pelo sigilo das mensagens (considerando a equiparação com as clássicas formas de comunicação)²²⁰ e das correspondências delas decorrentes, e do qual se funda necessariamente a direta ofensa à privacidade. Isto porque parece indefensável que o legislador, ao prever expressamente a proteção da correspondência epistolar bem como de outros “escritos”, tenha querido excluir de qualquer forma de tutela a correspondência “não epistolar”, telegráfica, telefónica ou, já agora, usando um neologismo adoptado sobretudo pela doutrina francesa, “telemática”²²¹.

A previsão legal em Portugal está no artigo 22.º, n.º 2 do CT e art. 34, n.º 4 da CRP (4. *É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei*

²¹⁸ GONÇALVES, Maria Eduarda – **Direito da Informação**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 8.

²¹⁹ REDINHA, Maria Regina Gomes – **O uso do correio electrónico no local de trabalho: algumas reflexões**. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10216/24325>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

²²⁰ “Assim, enquanto processo de comunicação, o *e-mail* é perfeitamente assimilável aos outros tipos de comunicação clássicos, com a única diferença de que é algo mais vulnerável na medida em que são mais facilmente interceptados, tanto pelo *postmaster*, como por aqueles que, através da tecnologia adequada, interceptem a mensagem de *e-mail* a não ser que sejam encriptadas.” (MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *op. cit.* p. 710)

²²¹ REDINHA, Maria Regina Gomes – **O uso do correio electrónico no local de trabalho: algumas reflexões**. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10216/24325>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

em matéria de processo criminal), e no caso Brasileiro, no artigo 5.º, inciso XII da CF²²² (XII - é inviolável o sigilo da correspondência e comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal);

O contexto ora destacado evidencia, desta forma, uma clara natureza dupla, pois além de ser uma ferramenta de trabalho formidável do ponto de vista empresarial, com rápida solução das mais diversas questões; também é um meio de comunicação protegido pelo direito fundamental do sigilo de comunicações, independentemente do mesmo ser utilizada para comunicações internas ou externas²²³.

O Tribunal da Relação de Lisboa, em decisão de 2012, enfrentou o tema no contexto da relação de trabalho e da possível obtenção de provas por meio ilícito:

“(…)III – Face à inexistência de qualquer regulamentação prévia para a utilização pessoal e profissional da Internet por parte dos trabalhadores da Ré verifica-se o acesso e conhecimento indevidos e ilícitos por parte da empresa ao conteúdo de conversas de teor estritamente pessoal da Apelada com três amigas e o marido/namorado, numa situação que se pode equiparar, de alguma maneira, à audição de vários telefonemas particulares (no fundo, uma espécie de «escutas» ilegais) ou à leitura de cartas dessa mesma índole, sem que, quer o remetente, como o destinatário, tenham dado o seu consentimento prévio a tal “visionamento” escrito das ditas conversas (artigos 15.º e 21.º e 16.º e 22.º dos Código do Trabalho de 2003 e 2009).”

E prosseguiu na investigação ao conduzir o fato de que, a despeito do arquivamento em servidor interno da empregadora, por si, não desqualifica a natureza pessoal das mensagens e o caráter de confidencialidade, até porque as mensagens trocadas entre particulares, oriundos da relação mais íntima da pessoa, pois

“...falam à vontade, dizem disparates, queixam-se, exageram, troçam de terceiros, dizem mal deles, qualificando-os, muitas vezes, de forma pouco civilizada, “confessam-se”, afirmam coisas da boca para fora, no calor da conversa ou discussão; tudo isso porque contam com a discricção dos seus interlocutores para a confidencialidade de algumas das coisas referidas e a compreensão e o inevitável “desconto” para as demais.”

²²² A despeito da previsão constitucional não prever a quebra do sigilo de dados, o STF entende de maneira diferente: “SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389808, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJE-086, publicado em 10/05/2011).

²²³ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 707.

Esta decisão foi fonte de inspiração para a deliberação da CNPD sobre este tema. Em seus termos iniciais, afirma claramente a impossibilidade do empregador abrir, automaticamente, o *e-mail* dirigido ao trabalhador, a despeito das mensagens estarem, em certa medida, gravadas em servidor de propriedade da empresa e contrariem eventuais regras adotadas e estipuladas pelo empregador para o uso da *internet* e *e-mail*.

Em todos os casos, os dados relacionados à troca de mensagens entre particulares são considerados dados sensíveis e igualmente protegidos juridicamente.

O que se deve diferenciar para efeitos didáticos são as seguintes condições: o controle do *e-mail* privado utilizado necessariamente para fins pessoais, e o controle da utilização do *e-mail* corporativo para fins pessoais. É a mesma ferramenta tecnológica, mas a doutrina e jurisprudência têm soluções diferenciadas. A solução para o primeiro está na Constituição e na lei – tratar-se-ia da violação clara e indiscutível da violação da confidencialidade, conquanto nos casos dos *e-mails* fornecidos pelo empregador utilizado para fins pessoais ou não, a solução doutrinária e jurisprudencial é outra.

De modo geral, o simples controle dos instrumentos de trabalho, como a *internet* e o próprio computador, por si só, não provoca a violação de sua privacidade. O ato, em si, não é infracional por parte do empregador. O empregador poderá apurar se a utilização do *e-mail* particular ocorre em pleno horário de trabalho, sem necessariamente acessar o seu conteúdo. Ainda assim o empregador deverá deixar claro tal circunstância ao trabalhador, caso entenda que o acesso de *e-mail* particular no ambiente corporativo é abusivo.

É plenamente viável o monitoramento formal das mensagens particulares como expressão do poder diretivo, consistente em controle ínsito ao contrato de emprego, mas que não poderá exercer o controle material, que dizer, sobre o conteúdo das mensagens. Somente por autorização judicial e em processo regular poderá ser conhecido²²⁴.

O CT em seu artigo 22.º, n.º 1 e 2.º – sob o título “Confidencialidade de mensagens e de acesso à informação” pacifica claramente a questão e traz a solução no derredor do assunto:

“1 – O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de

²²⁴ BELMONTE, Alexandre Agra, *op. cit.*, p. 91.

carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico.

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

A disposição supra reafirma o direito à confidencialidade das comunicações e o sigilo das mensagens, seja ela escrita ou eletrónica, lembrando que, ainda assim, como esclarece Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão:

“...a confidencialidade das comunicações não autoriza o trabalhador a utilizar os meios de comunicação da empresa para fins estranhos, pelo que se compreende a possibilidade de o empregador estabelecer regras de sua utilização, as quais, se violadas, serão susceptíveis de constituir o trabalhador em infracção disciplinar.²²⁵”

Por regra, o empregador não tem condições materiais de averiguar a prática delitativa do trabalhador quando a prova material surgir apenas da utilização de *e-mail* particular, a despeito do fluxo de mensagens partir durante o horário de trabalho e com a utilização do computador corporativo. No entanto, nada impede o empregador elaborar diretrizes de cunho educativo e programático sobre as boas práticas no trato dos instrumentos de trabalho e a necessidade civilizatória para o devido respeito às normas legais, em atual sintonia com as melhores práticas de *compliance*. Esta iniciativa não tem por escopo doutrinar o trabalhador ideologicamente ou divulgar proselitismos moralizantes, mas apenas e tão somente divulgar a necessidade do respeito à lei no âmbito restrito do ambiente laboral.

4.4. Da utilização do *e-mail* corporativo

E o que ocorre quando o *e-mail* não é particular, mas sim corporativo? Deveria, o empregador, exercer o direito de fiscalização da atividade empresária, sua propriedade, inclusive perante terceiros para proteger segredo industrial e o nome e boa fama da instituição?

No Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciou a respeito do assunto, conforme decisão da lavra do eminente Ministro João Orestes Dalazen, tendo decidido

²²⁵ MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4915-1.?

que o empregador poderá exercer, de forma moderada, generalizada e impessoal²²⁶, com a finalidade de evitar abusos, o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pelo *e-mail* corporativo e, em recente decisão, o Ministro Alexandre Agra Belmonte conclui a respeito da possibilidade de monitoramento do correio eletrônico:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. PROVA ILÍCITA. Nenhum dos dispositivos declinados como violados, incluindo-se o art. 5º, XII, da CF, disciplina a matéria inerente à ilicitude da prova para que se possa reputar violado. Além disso, a ilicitude da obtenção da prova pressupõe inobservância de norma disciplinadora, o que não sucedeu. Sob o prisma de violabilidade do sigilo dos e-mails, tampouco há falar em violação do art. 5º, XII, da CF, por se tratar de e-mail corporativo e não privado, meio de comunicação disponibilizado pelo empregador apenas para uso profissional conforme normas internas de conhecimento do empregado e com "expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade na sua utilização (item 6.1 - fl. 176)", conforme notícia o acórdão regional. JUSTA CAUSA. RECURSO DE REVISTA AMPARADO APENAS EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Sem valia as ementas transcritas, pois não informam a fonte de publicação. Súmula 337 do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR - 1461-48.2010.5.10.0003, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/02/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015).”

Para o Tribunal Superior do Trabalho, com base no princípio da proporcionalidade, seria lícito o monitoramento das mensagens corporativas durante a execução do trabalho, sempre pautada no caráter genérico e impessoal da fiscalização, desde que com prévio conhecimento do trabalhador. A tendência da jurisprudência caminha para dar maior prevalência, nestes casos, ao direito de propriedade em detrimento à privacidade, não obstante os elevados níveis de proteção aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição e normas supranacionais²²⁷.

A preocupação é de que o empresário, na medida em que o controle ocorra de maneira indiscriminada, somente sob pretexto de possível irregularidade – em desrespeito à boa-fé contratual – atinja diretamente não apenas o direito de privacidade, como também a liberdade do trabalhador, pois a vigilância contínua gera intimidação e insegurança. A tendência é para o desprestígio dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, pois, analisa-se que a jurisprudência é contraditória em relação ao controle da transmissão de dados pela *internet* e o acesso do *e-mail*, inclusive do seu conteúdo.

²²⁶ Decisão proferida na data de 10.06.2005, processo 623/2000.013.10.00.7, Tribunal Superior do Trabalho/Brasil.

²²⁷ SAKO, Emilia Simeão Albino – **Trabalho e Novas Tecnologias**. São Paulo: Ed. LTr, 2014. p. 123.

Em Portugal, valem os parâmetros fixados pela CNPD no tocante ao controle do *e-mail* do trabalhador, dentre eles exaustivos preceitos aplicáveis ao tratamento de dados e arquivamento em ficheiros dos arquivos pessoais:

- “a) Mas deve ser exigida aos trabalhadores a criação de pastas próprias, devidamente identificadas, onde o trabalhador archive os correios eletrônicos de conteúdo pessoal que constam da caixa de correio profissional;
- b) Como se referiu, a entidade empregadora deve escolher metodologias de controlo não intrusivas, que estejam de acordo com os princípios previamente enunciados, maxime, o da proporcionalidade, e que sejam do conhecimento dos trabalhadores;
- c) A entidade empregadora não deve fazer um controlo permanente e sistemático do correio eletrónico dos trabalhadores;
- d) Por princípio, o controlo dos correios eletrónicos deve ser realizado de forma aleatória. Também eventuais controlos fundamentados na prevenção ou deteção da divulgação de segredos comerciais devem ser direcionados, exclusivamente, para as pessoas que têm acesso a esses segredos e apenas quando existam fundadas suspeitas daquele facto;
- e) O que se deve preservar é a dignidade do trabalhador e, ao mesmo tempo, o controle e fiscalização da atividade empresária;
- f) O acesso ao correio eletrónico deverá ser o último recurso a utilizar pela entidade empregadora, sendo necessário que seja feito na presença do trabalhador visado e, de preferência, na presença de um representante da comissão de trabalhadores ou de outra estrutura representativa (v.g., delegados sindicais) ou de alguém indicado pelo trabalhador. O referido acesso deve limitar-se à visualização dos endereços dos destinatários, o assunto, a data e hora do envio, podendo o trabalhador – se for o caso – especificar a existência de algumas mensagens de natureza privada e que não pretende que sejam lidas pela entidade empregadora, caso ainda não tenha tido a oportunidade de os eliminar ou arquivar em pasta específica. Perante tal situação, a entidade empregadora tem de abster-se de consultar o conteúdo das mensagens de correio eletrónico, uma vez que o mero registo do envio das mesmas cumpre o objetivo do tratamento.”

Os seus preceitos refletem alto rigor hermenêutico e valorativo das condições fáticas possíveis de ocorrência na relação de trabalho, além do alto teor de abstração da norma.

É fundamental pontuar que, tal como já se referiu ao uso da *internet*, a mera confidencialidade para o acesso do conteúdo dos *e-mails* não afasta a violação da privacidade. O controle exercido pelo empregador, de maneira rotineira e sistemática,

ainda sob a roupagem de mera fiscalização indireta, somente sobre os destinatários e outras características, além de guardados em pastas próprias, como o título da mensagem, por si só, descortinam a privacidade e mereceriam reprimenda.

Como diz Guilherme Dray: “*O controlo do correio eletrónico da empresa deve realizar-se de forma aleatória e não persecutória e ter como finalidade a promoção da segurança do sistema e a sua performance*”²²⁸, até porque controle empresarial não pode ser ilimitado, encontrando limites na dignidade da pessoa humana, no prévio conhecimento das regras de controle, cuja adoção das NTIC no ambiente laboral sejam instrumentos aplicáveis com finalidade delimitada com base na produção ou segurança dos envolvidos, sempre aplicada como último recurso para o fim almejado. **Os empregados gozam de razoável expectativa da privacidade ainda que no ambiente de trabalho.**

Caso o contrato de trabalho não preveja – desde a sua celebração – a utilização do *e-mail* exclusivamente para o trabalho, ou seja, com expressa referência de que o *software* e o *hardware* da empresa restringem-se a uso profissional, a sua utilização social e para fins particulares não se mostra irregular e o seu controle, ainda que do conhecimento prévio do empregado, mostra-se mais prejudicial ao trabalhador.

É inegável a necessidade de certo controle do empregador em determinadas atividades pela importância do segredo empresarial e a boa imagem da empresa no mercado, em prol da própria empregabilidade; o empregador possui ferramentas institucionais e inclusive tecnológicas para controlar os eventuais desvios – desde sempre do conhecimento do empregado. Contudo, apesar do empregador, de certo modo, não poder conhecer o conteúdo dos *e-mails* dos trabalhadores, aquele tem ao seu dispor meios jurídicos suficientes para controlar e sancionar disciplinarmente o comportamento indevido do trabalhador, utilizando meios que não vulnerem os seus direitos fundamentais²²⁹.

Importante salientar a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em julgamento recente, em 12.01.2016, caso *Barbulesco contra Romênia*, considerou que a empresa tem o direito de exercer a vigilância dos seus empregados sempre que haja fixado previamente as regras sobre o uso dos meios informáticos de propriedade da

²²⁸ DRAY, Guilherme e MARTINEZ, Pedro Romano – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016, p. 161.

²²⁹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 753.

empresa, como o correio eletrônico, a *internet*, intranet, entre outros, e, ainda, tenha cumprido seu dever de informação aos trabalhadores sobre a existência destes controles, isto a ponto de afastar a condição de “razoável expectativa de privacidade”, independentemente do fornecimento de senhas para segurança da comunicação. No caso, o empregador terminantemente proíbe a prática de acesso aos meios de comunicação da empresa para fins particulares, restringindo somente a cunho profissional; o objetivo do monitoramento empreendido é a efetiva fiscalização da atividade profissional, isto é, modo que, sob a notificação correspondente, a empresa pode controlar as funções do empregado desde que esteja em conformidade com pressupostos razoáveis e de proporcionalidade²³⁰.

4.4.1. O controle e acesso ao conteúdo das mensagens trocadas entre empregados, valendo-se de *e-mail* corporativo, podem coibir a prática de atos de assédio moral e sexual no ambiente de trabalho. Neste caso, o acesso ao conteúdo das mensagens do *e-mail* corporativo é razoável e visa coibir mal maior. A fiscalização justifica-se caso a troca de mensagens seja entre os empregados. Exemplo, a decisão do Tribunal Superior da Catalunha, em 05 de julho de 2000, foi de que a empresa pode realizar um controle quanto à utilização destes meios pelas seguintes razões:

“...não nos encontramos em presença de uma correspondência privada entre particulares cujo segredo deva ser preservado, mas perante uma utilização indevida de meios e instrumentos da empresa para fins alheios aos estritamente laborais, podendo o empregador exercer o controlo sobre a forma de utilizar tais meios, que são de sua propriedade, assim como sobre a própria atividade laboral do trabalhador²³¹. “

²³⁰Neste sentido, a decisão proferida pelo Tribunal Supremo da Espanha, STS 1265/2017: “*em Partiendo del uso común del ordenador, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es esencial determinar si el acceso a los contenidos de los ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial puestos por la empresa a disposición de los trabajadores, y en un medio al que puede acceder cualquiera, vulnera el art. 18.3 CE, para lo que habrá de estarse a las condiciones de puesta a disposición, pudiendo aseverarse que la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control. Es el caso de asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores, o incluso a las entidades sindicales, aspecto éste que fue abordado en nuestra STC 281/2005, de 7 de noviembre. El ejercicio de la potestad de vigilancia o control empresarial sobre tales elementos resulta limitada por la vigencia de los derechos fundamentales, si bien los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin.*”

²³¹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 756.

No caso, a utilização do *e-mail* corporativo para fins pessoais, entre seus pares e através do *e-mail* corporativo, não está protegida por sigilo. O controle é deduzível daquele comportamento; presume-se a comunicação profissional se os interlocutores são colegas de trabalho e se têm vinculação direta com a atividade laboral e seus clientes, condição bastante razoável e proporcional à finalidade de controlar a produtividade e eficiência da empresa. Esta fiscalização do *e-mail* de cunho presumivelmente profissional não ofende a privacidade; caso o empregador depare-se com mensagens não profissionais trocadas em colegas de profissão, deverá tomar as medidas legais e administrativas para coibir a prática delitativa, se assim o for.

4.5. Da instalação de câmeras de vigilância na empresa – fiscalização a distância

A expressão *Big Brother* é conhecida do grande público, cuja alcunha foi extraída, como se sabe, do célebre livro de George Orwell, no livro 1948, escrito no pós-guerra. O futuro imaginado por Orwell, e sua concepção do regime totalitário compreende a dimensão fictícia da total perda da privacidade e liberdade de expressão. As câmeras de vigilância estão por todas as partes, nas ruas, casas, escolas, transportes públicos, estradas, ou seja, a sociedade como um todo.

É um caminho sem retorno e o mundo do trabalho não passaria imune a tal revolução tecnológica. A restrição da privacidade atinge todos os cidadãos e inexoravelmente os trabalhadores. O discutível é o limite desta restrição. De um lado, enquanto os cidadãos cedem a privacidade em prol da segurança pública, os trabalhadores cedem em face do poder empregatício²³².

A lei então seria a forma de regulação social e freio de imposições arbitrárias? Portugal não proíbe a utilização do equipamento, mas entendeu por viável a regulamentação exaustiva da videovigilância na relação de emprego. O Código do Trabalho nos artigos 20.º e 21.º prevê a possibilidade da utilização do mecanismo de vigilância a distância sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem-

²³² UGUINA, Mercander - **Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002, p. 99-101.

no. A sua utilização dependerá da ciência dos trabalhadores, com aviso em letreiro ou mural a respeito da existência e finalidade, além da expressa autorização da CNPD para utilização do sistema quando necessário, adequada e proporcional ao objetivo visado, ainda mais tratando-se de dados sensíveis e sujeito à prévia autorização da LPD, em seu artigo 7º, n.º 2 ²³³.

A exaustiva regulamentação nesta seara leva o intérprete a inúmeros questionamentos. A Deliberação 61/2004, sobre a privacidade no ambiente de trabalho, aliás, relaciona princípios necessários para a utilização das novas tecnologias e que, em geral, deve privilegiar metodologias genéricas de controle e que tenham o menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores, previsão legal consolidada pela Lei nº 67/98 de 26 de outubro (lei da proteção de dados pessoais), a qual expressamente relaciona a videovigilância²³⁴ e outras formas de captação de sons e imagens em seu rol de direitos a serem tutelados.

A legislação brasileira, ao revés, omite-se no particular. Não existe previsão legal que regulamente a instalação de circuito de câmeras de vídeo no ambiente de trabalho. De fato, a lei não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador verifique-se por meio de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, os quais consistem em robustos instrumentos de prova da conduta do empregado.

Assim, comparativamente, enquanto a legislação portuguesa define a regra da tutela da personalidade, em relação à vigilância e fiscalização do trabalhador, no caso brasileiro, a superação das lacunas são preenchidas pela doutrina e jurisprudência.

4.5.1. Em princípio, o controle do empregador pela videovigilância deveria ser empregado mediante prévio conhecimento do empregado e nunca de forma clandestina, sob pena de ferir a dignidade do trabalhador e o direito à privacidade.

Dentre as ofensas mais evidentes, algumas controvérsias foram difundidas judicialmente em território brasileiro com grande repercussão, como o caso da instalação

²³³O Grupo do Artigo 29.º – Grupo de Protecção de Dados Pessoais – aprovou, em 11 de fevereiro de 2004, o Parecer n.º 4/2004 sobre o tratamento de dados pessoais por meio de videovigilância(12). Nesse documento foi salientada a necessidade de as entidades evitarem a «utilização desproporcionada» da videovigilância. O princípio da proporcionalidade exige uma apreciação sobre a «qualidade dos dados» (adequação, pertinência e carácter não excessivo – cf. artigo 6.º da Directiva n.º 95/46/CE de 24 de Outubro de 1995) e avaliação de alguns aspectos sobre a forma como é feito o tratamento.

²³⁴ Legislações esparsas preveem a possibilidade da videovigilância em locais públicos e privados, desde que assente a necessidade da proteção da segurança das pessoas, tal como tratado na Lei 1/2005, de 10 de Janeiro.

de câmeras de vigilância a distância em banheiros e vestiários. Como exemplo, a decisão do Tribunal Superior do Trabalho:

“DANO MORAL. INSTALAÇÃO DE CÂMERAS NOS BANHEIROS DA EMPRESA. A colocação de câmeras dentro dos banheiros da empresa configura controle sobre o empregado em ambiente naturalmente reservado à sua privacidade, estranho, de resto, ao desempenho da atividade laboral, o que extrapola, por completo, os limites do poder diretivo do empregador, acarretando forte constrangimento e sentimento de humilhação ao empregado. O procedimento da reclamada assegura ao reclamante direito a uma indenização por dano moral. Recurso de Revista conhecido e provido. (ARR - 107700-32.2011.5.17.0008, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 16/09/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015).”

É o que Alice Monteiro de Barros denomina como “química da intrusão”²³⁵, condição inadmissível na relação de emprego:

“Inadmissível é entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução de aparelhos audiovisuais indistintamente. Ora, há certos locais que são privados por natureza ou se destinam ao descanso do empregado, logo, não se pode permitir a instalação de um sistema de vídeo, por exemplo, em um banheiro, ou em uma cantina.”

De maneira geral, o que se deve coibir é a espionagem velada, a utilização de câmeras por aproximação, dissimuladas, com intuito único de avaliar o comportamento singular daquele trabalhador, suas reações e expressões, inclusive para aplicação de penalidades como a justa causa, como se vê em precedente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em julgamento a respeito da validade do monitoramento à distância, e que se manifestou da seguinte forma:

“I- A instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho envolve a restrição do direito de reserva da vida privada e apenas poderá mostrar-se justificada quando for necessária à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade.
II – O empregador pode utilizar meios de vigilância a distância sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens, devendo entender-se, contudo, que essa possibilidade se circunscreve a locais abertos ao público ou a espaços de acesso a pessoas estranhas à empresa, em que exista um razoável risco de ocorrência de delitos contra as pessoas ou contra o património.
III – Por outro lado, essa utilização deverá traduzir-se numa forma de vigilância genérica, destinada a detectar factos, situações ou acontecimentos incidentais, e não numa vigilância directamente dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de acção dos trabalhadores;

²³⁵BARROS, Alice Monteiro de - **Curso de Direito do Trabalho**. 5.^a ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 544.

IV – Os mesmos princípios têm aplicação mesmo que o fundamento da autorização para a recolha de gravação de imagens seja constituído por um potencial risco para a saúde pública que possa advir do desvio de medicamentos do interior de instalações de entidade que se dedica à atividade farmacêutica;
V- Nos termos das precedentes proposições, é ilícita, por violação do direito de reserva da vida privada, a captação de imagem através de câmaras de vídeo instaladas no local de trabalho e direccionadas para os trabalhadores, de tal modo que a atividade laboral se encontre sujeita a uma contínua e permanente observação. (73/12.3TTVNF.P1.S1, julgado em 18/05/2005).”

Neste sentido, a permissão legislativa em Portugal é clara ao dispor a respeito dos seus requisitos e a impossibilidade de captação de imagem e som sem prévia ciência dos trabalhadores e da autorização do CNPQ²³⁶, desde que, em regra, a fixação das câmeras não tenha por finalidade a vigilância genérica e não invasiva, mas sim de garantir a segurança e preservar o património.

Contudo, quando necessária a restrição/compressão deste direito para resguardar outros direitos constitucionalmente garantidos (segurança dos trabalhadores), a flexibilidade deverá ser orientada pela utilização de mecanismos de vigilância idôneos, com transparência da medida aplicada aos envolvidos (comissão de empregados e Sindicatos), observados princípios da razoabilidade e proporcionalidade na manipulação dos dados e informações obtidas, evitando perseguições de cunho ideológico e político.

4.5.2. Do ponto de vista dos meios de prova lícitos para fins de processo judicial, outro quadro jurisprudencial mais recente reconhece a licitude destas provas colhidas pelo empregador desde que observados certos preceitos, conforme entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 149/14.2TTCSC.L1-4:

“I-Do quadro normativo que regula a reserva da vida privada e, em particular, os meios de vigilância a distância, ressalta que, verificados os pressupostos legais, mormente a autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados, a lei não obsta à instalação dos meios de vigilância a distância, incluindo a captação de imagem nos locais de trabalho.

II - Contudo, dele decorre igualmente que essa vigilância apenas poderá ser utilizada quando vise à protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem, não podendo nunca ter a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

III - É de aceitar as imagens captadas por sistema de videovigilância como meio de prova em processo disciplinar e na subsequente acção judicial em que se discuta a aplicação de sanção disciplinar, mormente o despedimento, desde que sejam observados os pressupostos que decorrem da legislação sobre a protecção

²³⁶ Pelo RGPD não será necessária a prévia autorização da CNPD para instalação de câmeras de videovigilância.

de dados e concomitantemente se conclua que a finalidade da sua colocação não foi exclusivamente a de controlar o desempenho profissional do trabalhador. Num quadro circunstancial assim apurado, o trabalhador não merece – nem a lei lhe confere – maior protecção do que aquela que é conferida aos demais cidadãos e, logo, o meio de prova é lícito e admissível. IV - Concluindo-se que foram observados os pressupostos que decorrem da legislação sobre a protecção de dados no que respeita à autorização do sistema de videovigilância, que nem a sua colocação nem as imagens captadas visam exclusivamente controlar o desempenho profissional dos trabalhadores e que a autora tinha conhecimento da existência do sistema de videovigilância (...) não se verifica qualquer violação dos princípios enunciados no art.º 20.º n.ºs 1, 2 e 3, bem como do n.º1, do art.º 21.º, do CT e, logo, crê-se que a prova obtida pelo sistema de videovigilância é não só lícita e válida para sustentar o processo disciplinar quanto àquela imputação, como também deveria ter sido admitida para ser visionada na audiência de julgamento, confrontando-se as testemunhas e a própria autora com as mesmas, relevando, no conjunto da prova produzida, para ser apreciada livremente segundo a prudente convicção do Senhor Juiz (art.º 607.º n.º5, do CPC). 149/14.2TTCSCL1-4 Tribunal da Relação de Lisboa, 08/10/2014.”

A interpretação é no sentido de garantir ao empregador – legítimo interessado - a apuração de atos infracionais dos seus empregados mediante a videovigilância, excetuada a utilização das imagens para “*controlar o desempenho profissional do trabalhador*” e não somente como meio de prova em processo disciplinar. Sem a limitação ao direito, a consequência é a porta aberta para a prática de atos discriminatórios contra o trabalhador e do qual certamente não mais seria garantida a razoável expectativa de privacidade, aliás, como é a preocupação do novo RGPD 2016/679 da UE.

Outros precedentes caminham no mesmo sentido, como a decisão do Tribunal da Relação de Évora de 09/11/2010, proc. n.º 292/09.0TTSTB.E1 e da Relação do Porto de 04-02-2013, proc. n.º 229/11.6TTLMG.P1, valendo citar o julgado do Tribunal da Relação de Coimbra, o qual estava em causa em saber se a utilização das imagens obtidas por esse equipamento pode ser feita como meio de prova no processo sancionatório que conduz à aplicação de medida disciplinar laboral, nomeadamente a do despedimento. Decidiu-se a contento pela validade das provas obtidas pela videovigilância, tendo como fundamento, a rigor, o seguinte preceito:

“Quando esteja em causa a protecção e segurança de pessoas e bens, já é possível, ainda que de forma fortuita ou incidental, verificar uma conduta lesiva e ilícita dos próprios trabalhadores. E verificada esta, não pode sustentadamente defender-se que as imagens ou os dados obtidos não podem servir como meio de prova num despedimento ou sancionamento disciplinar. Na verdade, se assim sucedesse estaria a maior parte das vezes enfraquecida ou anulada a finalidade da vigilância lícita e que é a de garantir a protecção e segurança de pessoas e bens – numa via a protecção e segurança seriam aparentemente concedidas, noutra via seriam real e contraditoriamente retiradas.”

Da conclusão deste julgado, não decorre a impertinência da proteção da privacidade do trabalhador, pois a norma legal garante a proteção dos direitos da personalidade, até porque o trabalhador sujeito à permanente vigilância no seu desempenho por meios de controlo a distância, estaria sujeito a uma permanente intrusão na sua liberdade de comportamento pessoal, prática tanto mais invasiva e condicionadora quanto nunca ele saberia exatamente quem o estava ou estará a observar. Contudo, isto não era o caso colocado em discussão. Havia, no caso, evidente prática de ato ilícito pelo empregado.

4.6. Do exercício do poder da empresa no tratamento de dados provenientes da geolocalização no contexto laboral

No contexto da privacidade, e como já tratado anteriormente, a aplicação dos direitos fundamentais ocorre de maneira direta entre particulares, cabendo ao Estado criar as condições necessárias para a proteção da dignidade do trabalhador. E os direitos fundamentais em jogo servem como pilares da estrutura de equilíbrio dos direitos humanos no direito do trabalho, dos quais as novas tecnologias tentam abalar as sólidas estruturas da dignidade humana.

A geolocalização ou GPS é mais um exemplo de quanto é possível controlar o trabalhador em sua rotina laboral a todo e qualquer momento, até porque estes dispositivos são instalados em veículos de trabalho e, com isto, recolhem dados sobre a sua localização; permitem ainda registar parâmetros relativos à viatura (designadamente, sensores de portas, sensores de movimento dentro das cabines), parâmetros de condução (tais como, travagens, força G, velocidade, RPM, consumos), entre outros dados²³⁷.

Como visto em outros instrumentos de controle, como *e-mail*, *internet* e videovigilância, todos estes mecanismos de controle visual, *sentido lato*, estão previstos expressamente no Código do Trabalho, em Portugal. O GPS é diferente, pois não está claramente identificado no Código do Trabalho e, a rigor, a sua utilização não está proibida e muito menos depende de prévia autorização da *CNPD*.

²³⁷ Deliberação n.º 7680/2014 da *CNPD*.

Para a CNPD, a utilização do GPS pelo empregado, para os fins a que se destina, seja instado em seu veículo de trabalho, seja mediante tecnologia em aparelho móvel (*smartphones, tablets*), é interpretada como “**meio de vigilância a distância**”, aplicado por analogia ao disposto em seu artigo 20.º do CT.

Nestes termos, somente seria permitida a utilização, em Portugal, da vigilância a distância para fins de segurança dos envolvidos, bens e pessoas ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade justifiquem-no, sempre mediante prévia autorização da CNPD (art. 21.º, n.º 1 do CT) e com prévia ciência dos empregados envolvidos, a justificar o fundamento de legitimidade de tratamento dos dados sensíveis.

Este é o entendimento da Deliberação 7680/2014 da CNPD, nomeadamente sobre o contexto do enquadramento do controle por meio do GPS, em veículo ou telemóvel, como fiscalização a distância e, continuamente, ao permitir a recolha de dados, verte a aplicação do artigo 7.º da LPD, diante do tratamento de dados sensíveis. Consequentemente, sob o contexto da vigilância a distância, o Código do Trabalho proíbe a sua utilização, pelo empregador, com a finalidade de controlar a atividade profissional e desempenho²³⁸.

Sob este mesmo preceito, Maria Regina Redinha esclarece que “*o conteúdo útil do preceito não se esgota neste meio eletrónico*” (referindo-se a vídeo vigilância), estendendo-se à previsão normativa “*a qualquer forma de controlo e/ou fiscalização a distância do trabalhador através de equipamentos técnicos*”, sendo este o caso também dos mecanismos automóveis que gravam distâncias percorridas²³⁹.

A contrario sensu, a deliberação não se compatibiliza com a decisão do STJ, em julgamento de 13 de novembro de 2013 (Processo 73/12.3TTVNF.P1.S1), reafirmado o entendimento do Acórdão de 22 de maio de 2007 (Processo 07S054), nos quais não se

²³⁸A respeito da proibição legal para o controle da atividade profissional, isto sob o contexto do controle à distância, a jurisprudência, nalguns casos, diferencia o levantamento de dados para o controle atividade profissional daqueles dados necessários para confrontar as informações passadas pelo próprio empregado, como o controle de quilometragem pelo uso do GPS. O contexto derivado esteve presente no julgamento de 03.03.2016, Tribunal da Relação de Guimarães (2014.7T8VRL.G1): “(...) *O conceito de desempenho profissional não prescinde da concatenação com as funções que estão cometidas ao trabalhador e prende-se com a forma como o mesmo leva a cabo tais funções, ou seja, onde, como e quando desempenha àquelas funções. Se a empregadora recorre ao aparelho em causa para obter outro tipo de dados, designadamente a conferência da quilometragem percorrida em confronto com os dados transmitidos pelo próprio trabalhador, não está a avaliar o desempenho profissional, situação em que os dados obtidos são lícitos*”.

²³⁹ REDINHA, Maria Regina Gomes – **Direitos de personalidade**. Disponível em <<http://www.cije.uo.pt/downloadhdl.handle.net/10216/24325>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

considera o fato do GPS ser enquadrado como meio de vigilância a distância, isto em função das reduzidas possibilidades de controle, sendo lícita a utilização do citado equipamento no contexto da relação de emprego.

A decisão de 2013 discorre sobre o assunto e ressalta que:

“O dispositivo de GPS instalado, pelo empregador, em veículo automóvel utilizado pelo seu trabalhador no exercício das respectivas funções, não pode ser qualificado como meio de vigilância a distância no local de trabalho, nos termos definidos no referido preceito legal, porquanto apenas permite a localização do veículo em tempo real, referenciando-o em determinado espaço geográfico, não permitindo saber o que faz o respetivo condutor”;
(...) “o GPS instalado numa viatura exclusivamente afeta as necessidades do serviço, não permitindo a captação ou registo de imagem ou som; o seu uso não ofende os direitos de personalidade do trabalhador, nomeadamente a reserva da intimidade da sua vida privada e familiar.”

Para todos os efeitos, a jurisprudência do STJ afasta a ofensa da privacidade pela simples utilização do GPS em veículo automotor de propriedade da entidade empregadora, não podendo ser o tratamento de dados definido como dados sensíveis, corolário de prévia autorização da CNPD para recolha e tratamento de dados informatizados obtidos pelo aparelho de geolocalização.

Independentemente desta divergência de opiniões, uma coisa não pode ser desprezada e é justamente o poder do empregador em controlar a rotina laboral. Realmente considera-se um mecanismo de conformação entre a atividade e a efetiva contraprestação do trabalho; ora, se o empregado está sendo remunerado para cumprir determinada rota e tem prévio conhecimento das consequências do descumprimento, a mera monitorização com uma finalidade clara e suficientemente compreendida pelas partes, não se mostra suficiente para atingir a dignidade do trabalhador, muito menos a privacidade.

A situação é radicalmente diferente de outras formas de controle, como o *e-mail* em que o trabalhador pode relacionar-se com terceiros em discussão íntima e pessoal, enquanto o GPS não tem este poder de desnudar a privacidade. Não se justifica, neste ponto, levar adiante a vertente interpretativa da CNPD em face da decisão do STJ²⁴⁰, e

²⁴⁰ A CNPD considera, todavia, que o quadro interpretativo, entretanto mudou substancialmente devido à rápida evolução deste tipo de tecnologia, quanto à sua precisão e quanto ao desenvolvimento de valências associadas. Por outro lado, não estando confinada aqui à apreciação casuística, esta deliberação abrange não só as potencialidades da tecnologia GPS, como de outras tecnologias (GSM e WI-FI) que permitem a geolocalização. Acresce ainda que são analisados, do ponto de vista do regime de proteção de dados pessoais, além dos equipamentos de geolocalização instalados em viaturas automóveis, também aqueles existentes nos dispositivos móveis inteligentes, como os telemóveis, que configuram uma realidade bastante diversa. Este novo contexto implicará necessariamente uma renovada abordagem.

sim levar a discussão o ponto de maior relevância no contexto da tutela dos direitos da personalidade, ou seja, a potencial aptidão do equipamento adentrar à esfera pessoal enquanto esteja o trabalhador fora do horário de trabalho, em ofensa aos direitos da personalidade, especialmente a privacidade.

Esta é uma das preocupações mais nítidas da CNPD, nomeadamente sobre a possibilidade do empregador acessar os dados pessoais para inúmeras situações, como controle da atividade extralaboral (fora do horário de trabalho, feriados, descanso, intervalo para refeição), para controle do horário de trabalho, entre outros, com ampla justificativa a respeito do dinamismo tecnológico proporcionado pelo controle “minuto a minuto” dos passos do trabalhador ao longo da sua rotina de trabalho, isto em prol da contínua defesa dos direitos fundamentais do trabalhador. Neste campo, as suas considerações passam pelo crivo do princípio da proporcionalidade. O empregador deverá ponderar o necessário aperfeiçoamento das tecnologias destes equipamentos de geolocalização, nomeadamente para limitar o acesso aos dados armazenados, além da necessidade dos empregadores avaliarem o impacto no ambiente laboral e assim recorrer aos meios mais adequados e menos intrusivos para alcançar os legítimos objetivos da organização.

A licitude da utilização da GPS deve ter como finalidade a “proteção de pessoas e bens”; o empregador precisa delimitar o campo e a finalidade de sua atuação, não sendo razoável o controle e monitoramento dos passos do trabalhador, mas de maneira indireta, se àquelas informações prestadas pelo trabalhador não se mostram adequadas aos parâmetros fixados nos eventuais programas remotos controlados pelos empregadores ou se, em caso de suspeita de irregularidade e descumprimentos da legislação trabalhista, pois, assim, a respetiva utilização com esses objetivos comprime o direito à reserva da vida privada do trabalhador, especialmente quando a fiscalização volta-se para o lado do controle extralaboral²⁴¹.

²⁴¹ No campo da utilização para controle da vida pessoal, mediante fiscalização, algumas novidades no campo da tecnologia são cada vez mais assustadoras, como instalação de chip em trabalhadores. Contudo, *A Three Square Market* assegura que não colocará em risco a privacidade dos trabalhadores, já que os dados armazenados no chip estarão criptografados e não poderão ser rastreados por GPS, de modo que a sua funcionalidade seria parecida à de uma chave ou cartão de acesso eletrônico. <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,empresa-americana-implantara-chips-nos-funcionarios,70001905884>.

A jurisprudência mostra-se sensível a esta mesma realidade, como se nota em recente julgado do Tribunal da Relação do Porto (Proc. n.º 2066/2015.0T8PNF.P1, julgado em 24/01/2018), trecho a seguir:

“(…) O controlo do trabalhador através do dispositivo de geolocalização (GPS, PDA e Telemóvel) instalado no veículo/reboque que lhe estava afecto, incluindo para fins particulares, 24 horas por dia, 6 dias por semana [“a escravatura electrónica” do século XXI], viola, também, o direito do trabalhador à privacidade, previsto no artigo 26º, da CRP.”

Pouca controvérsia há a respeito do carácter intrusivo do GPS e sua potencial capacidade de invadir a privacidade sobretudo quando conjugadas com outras tecnologias de vigilância, inclusive captura de imagem e som.

4.6.1. Enquanto as inúmeras vezes travam debate interpretativo a respeito do assunto, no Brasil é impressionante o desinteresse legislativo sobre a proteção da privacidade no cenário da relação de emprego. Em relação ao GPS, a situação não é diferente, e mais, os entendimentos jurisprudenciais têm sido no sentido de atribuir maior valor ao direito de propriedade quando em confronto com o direito de privacidade do trabalhador²⁴².

Esta omissão não acontece no direito comparado se verificadas as grandes democracias do Mundo, como é o caso dos Estados Unidos, no caso *Cunningham v. New York State Dept. of Labor*, 21 NY3d 515 (NY Ct. App., 2013), no qual o Tribunal estadual de Nova York considerou que a instalação de um dispositivo GPS em um veículo possuído pessoalmente por um empregado do Estado suspeito de falsificar registros de tempo era uma pesquisa não razoável e inconstitucional. Na Espanha, vale citar o Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de março de 2014, em que este considerou o despedimento ilícito e considerou as provas obtidas pelo GPS como inadmissíveis. O tribunal considerou: *a) que houve violação da proteção de dados de carácter pessoal, uma vez que o trabalhador não sabia da existência do GPS na viatura, b) o GPS registou dados fora do horário de trabalho c) e que os dados que o GPS registava eram tratados por uma terceira empresa.*

²⁴²SAKO, Emilia Simeã o Albino – Trabalho e Novas Tecnologias. São Paulo: Ed. LTr, 2014. ISBN 978-85-361-3139-9, p. 124.

4.6.2. A discussão sobre os limites e circunstâncias tecnológicas do uso da ferramenta de geolocalização, seu aperfeiçoamento ou não, somente comprova a necessidade de que o direito nem sempre consegue acompanhar o avanço tecnológico. É evidente que o avanço da ciência causa comoção e sentimentos contraditórios, ora de admiração pelo avanço tecnológico, ora de receio pelo futuro e porvir. A tecnologia não possui limites. Maria Redinha²⁴³ considera:

“A inovação tecnológica permite e favorece mesmo, através de instrumentos como as videocâmaras, ou a monitorização dos computadores, nas vertentes de controlo dos programas de computadores, de controlo *da world wide web* e de controlo dos *e-mails*, das redes sociais, dos telefones e dos *smartphones*, de controlo através de *badges*, de *smartcards*, de chips incorporados na roupa de trabalho dos trabalhadores, de RFID, de GPS instalados na viatura, de controlo através de dados biométricos, da áudio, vídeo e *webvigilância*, entre outras formas de controlo, a vigilância da atividade dos trabalhadores contínua e centralizada, transformando assim, por um lado, uma das máximas básicas do taylorismo e da direção científica da empresa relacionada com a supervisão e controlo do trabalhador através da observação do comportamento laboral do trabalhador de forma imediata e pessoal.”

Nesta seara conflituosa, surgem controvérsias a respeito do campo de aplicação do direito, nomeadamente em razão do conflito entre normas de direito fundamental. Ao final, qualquer que seja o resultado do confronto, deve-se preservar a dignidade da pessoa humana; contudo, o direito não é absoluto e precisa ser sopesado na definição da melhor escolha para cada caso individualmente considerado.

4.7. Da resolução do conflito entre normas de direito fundamental: O princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação

Analisou-se em inúmeros exemplos já citados, a colisão entre normas de direitos fundamentais em jogo: o direito à livre iniciativa de um lado e, de outro, o direito fundamental à privacidade. Este conflito foi exaustivamente tratado em inúmeras passagens visualizadas diante das NTIC no contexto laboral, nomeadamente pelo emprego da videovigilância, a localização por uso do GPS, a *internet* e o *e-mail*, dentre outros.

Na rota de colisão entre normas de direito fundamental e o seu problema ontológico, o enfrentamento da controvérsia sobre a licitude ou não da adoção destas ferramentas

²⁴³ REDINHA, Maria Regina Gomes – **Direitos de personalidade**. Disponível em <<http://www.cije.uo.pt/downloadhdl.handle.net/10216/24325>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

tecnológicas é necessária a solução do conflito em pauta, nem sempre passível de êxito pelos métodos hermenêuticos clássicos. Como diz Roberto Barroso, tais antinomias não se colocam, quer no plano da validade, quer no plano das proposições normativas. O entrelaçamento de normas constitucionais é de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais²⁴⁴.

Enquanto a colisão entre regras (comandos definitivos) realiza-se através da subsunção das circunstâncias fáticas, visto que, no ordenamento, vigora o princípio de que duas regras incompatíveis não podem ser ambas válidas (com a solução da lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga lei geral), por outro lado, a colisão entre princípios necessita de solução diferenciada para proporcionar a proteção mais ampla possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Para tanto, com vistas à proibição do excesso (*Übermassverbot*) e à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), o método da proporcionalidade seria o caminho racional para solucionar o conflito entre princípios.

De maneira pragmática e objetiva, a solução da teoria dos princípios e a correlação com a máxima (ou princípio) da proporcionalidade defendida por Robert Alexy²⁴⁵ foi aceita de maneira bem-sucedida dentro e fora da Alemanha²⁴⁶, dentre eles Brasil e Portugal.²⁴⁷ Sob a sua liderança, a Teoria dos Princípios progrediu para a formulação de uma Teoria Geral do Direito²⁴⁸, inclusive influenciando as decisões judiciais. O seu objetivo foi encontrar a solução de conflitos jurídicos não solucionados pela ciência do direito, de tal modo que a otimização por ponderação (*optimierende Abwägung*) surge como procedimento jurídico para dar uma resposta a este problema hermenêutico,²⁴⁹ e justifique a

²⁴⁴ BARROSO, Luiz Roberto – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, ISBN 978-85-02-07279-4, p. 328/329.

²⁴⁵ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014. p. 118. ISBN 978-85-392-0073-3.

²⁴⁶ AUGSBERG, Ino – **A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes – A Teoria da Ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico**. Crítica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 19.

²⁴⁷ Ponderação como paradigma é muito disseminada na América Latina. Possivelmente, pode-se especular que a ponderação com sua imprecisão e vagueza colabora para que as verdadeiras tensões dentro dos sistemas jurídicos na América Latina se tornem turvas, quando se espera transparência. O mesmo vale presumidamente para a disseminação da prática da ponderação na União Europeia. (LADEUR, Karl-Heinz - **Entre Teorias e Espantalhos**. Crítica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 97.

²⁴⁸ POSCHER, Ralf – **Teoria de um Fantasma – A malsucedida busca da Teoria dos princípios pelo seu objeto**. Livro Crítica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 63.

²⁴⁹ AUGSBERG, Ino – **A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes – A Teoria da Ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico**. Crítica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 20.

restrição a direitos fundamentais – ao estritamente necessário para a finalidade almejada. A proporcionalidade funciona como sistema de coordenação da aplicação e fundamentação das normas de direito fundamental.

Como base de sustentação, a teoria dos princípios define o objeto dos princípios como mandados de otimização (em contraposição a Dworkin²⁵⁰), em face das possibilidades fáticas e jurídicas, encontrando, no conflito jurídico, o caminho para a aplicação da ponderação; em vez de “tudo ou nada”, a tarefa é a otimização de todos os lados das posições dos afetados que estão em relação de conflito uma com a outra.” Consequentemente, em relação aos princípios, eles prescrevem suas consequências jurídicas apenas *prima facie* e seriam aplicados pelo caminho da otimização pela ponderação²⁵¹. Para Alexy²⁵²:

“Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com a consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência continuada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.”

Com efeito, o estudo da proposta de Robert Alexy apresenta a proporcionalidade como um sistema que coordena a aplicação e fundamentação das normas de direitos fundamentais, mais precisamente, de princípios jurídicos, existindo, como sustenta o autor, algumas estruturas que devem ser consideradas para tanto. Em linhas gerais, por conta da colisão de princípios (ou máximas) antagônicos entre si, compete ao intérprete encontrar a justa solução aos direitos fundamentais em jogo pela máxima da proporcionalidade como mandados de **otimização** (*adequação, necessidade e máxima da proporcionalidade*

²⁵⁰ Para Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Em relação aos princípios, eles são mais decisivos para solucionar casos difíceis e possui mais peso que as regras.

²⁵¹ POSCHER, Ralf – Teoria de um Fantasma – **A malsucedida busca da Teoria dos princípios pelo seu objeto**. Crítica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 65.

²⁵² ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014. p. 118.

em sentido estrito) ou “*dever ser ideal*”, especialmente pelo sopesamento das possibilidades jurídicas viáveis.²⁵³ No caso, um princípio terá precedência sobre o outro quando tiver maior peso sobre o princípio colidente e, se houver razões suficientes para que prevaleça sob determinadas condições previstas no caso concreto (suporte fático), consequentemente valerá uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

A lei da ponderação foi absolvida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Inclusive defensores dos seus preceitos repercutem a fórmula metodológica em normas de caráter administrativo, como exemplo a Deliberação da CNPD de n. 7680/2014. O princípio da proporcionalidade é insistentemente referido nos exemplos já colacionados:

“Os dispositivos de geolocalização, como qualquer sistema de vigilância, envolvem restrições de direitos fundamentais pelo que, em caso de conflito de direitos, as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses fundamentais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, implicando uma ponderação dos interesses fundamentais em conflito”; ou em outra passagem : “É, pois, necessário fazer uma aturada ponderação entre os interesses da entidade empregadora em alcançar determinados objetivos legítimos e a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores (...)”; “Quanto à finalidade de proteção de bens, e tendo em conta a sua formulação demasiadamente genérica, considera a CNPD dever ser feita uma rigorosa ponderação entre os valores aqui em conflito, no sentido de conciliar o direito à proteção do bem com o direito à proteção de dados e à privacidade.”

Naturalmente, nestes textos, a auto interpretação das situações fáticas ou jurídicas na aplicação da proporcionalidade comprova um alto caráter abstrato e passível de arbítrio e, naturalmente não compete à esfera administrativa recomendar o método mais correto à aplicação da máxima da proporcionalidade, como se fosse um balizamento a ser seguido pelas decisões judiciais. A despeito disto, somente cabe à esfera administrativa a promoção de regras claras e objetivas a respeito da possibilidade ou não do controle do empregador pelos meios tecnológicos, ou seja, se são permitidas ou proibidas dentro do contexto da relação de emprego. Obviamente que o avanço tecnológico impede, até certa medida, a fixação de regras rígidas e inflexíveis, cuja controvérsia às circunstâncias fáticas na aplicação do direito nem sempre é superada pela subsunção. A restrição à privacidade,

²⁵³ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014. p. 118. ISBN 978-85-392-0073-3. p. 117.

como é o caso, deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses fundamentais.

Como Portugal possui alto poder regulamentar sobre as NTIC, tanto com regras previstas no Código do Trabalho como pelos preceitos da CNPD (aplicáveis à tecnologia de informação e comunicação no contexto laboral), no Brasil, o poder regulamentar e normativo a este respeito é escasso - qual seria o melhor caminho à garantia efetiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores? Aquela condição de Portugal ou a inércia legislativa do Brasil? Analisa-se que não existe uma resposta fácil, até porque o caminho tutelar definitivo para proporcionar a segurança jurídica nos casos de conflito entre princípios será sempre aquela interpretação dada pelos Tribunais aos casos concretos como meio de racionalização. Nem para mais, nem para menos (normas), a solução adequada será medida pelo Judiciário através da efetividade do princípio da proporcionalidade por intermédio da otimização dos interesses conflitantes das normas de direitos fundamentais.

Não se pode deixar de mencionar que este método do “sopesamento”, “ponderação” ou “balanceamento” tem sofrido inúmeras críticas mais por refletir amplo poder discricionário ao Juiz, como ressalta Lenio Streck²⁵⁴:

“Neste contexto, não surpreende que, embora citada e recitada ad nauseam pela doutrina e pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em alibi retórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos. Ou de argumentos meta-jurídicos.”

Contudo, o sopesamento para ser racional e distanciar-se do arbítrio e da irracionalidade precisa pautar-se na fundamentação como condição necessária para justificar a precedência condicionada em face de outro princípio, o qual deve pautar-se na observância de que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro²⁵⁵. Daí decorre que

²⁵⁴ STRECK, LÊNIO – Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em 15 Dez. 2018.

²⁵⁵ ALEXY, Robert – *Op. cit.*, p. 117

a ponderação resulta de um modelo de concordância prática, disto costumeiramente uma decisão racional.

No caso concreto da NTIC, especialmente no tocante ao controle exercido pelo empregador em face do empregado pela utilização do *e-mail* corporativo, neste caso, a regra prevista no Código do Trabalho prevê um mandado a ser cumprido, qual seja, a garantia da confidencialidade das mensagens de cunho pessoal para garantir a eficaz proteção da privacidade. A regra evidencia um conceito pautado em norma de direito fundamental, qual seja, o direito à privacidade, pois o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do *e-mail*. Contudo, por se tratar de um caso difícil no plano fático, há diversas soluções encontradas pela jurisprudência.

Como exemplo no plano fático, cita-se o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, relativamente à videovigilância no contexto laboral. No caso julgado (05S3139), o Tribunal deparou-se com a possibilidade da restrição do direito à privacidade do trabalho em detrimento do controle do empregador por videovigilância – condição previamente possível se apurada para fins de segurança patrimonial ou para finalidade legítima que justifique o sacrifício ao direito da personalidade contraditado pela utilização do citado equipamento tecnológico. O caso em si versou sobre a instalação de câmeras de filmar/vídeo em todo o armazém, as quais foram colocadas em ângulo de forma a abranger todo o espaço onde os trabalhadores exerciam as suas funções, incidindo sobre os mesmos e controlando, permanentemente, as suas tarefas sob vigia e observação do operador das câmeras. A possibilidade de eventual furto sobre produtos farmacêuticos justifica a violação ao direito fundamental à reserva da vida privada?

Neste julgamento, o princípio da proporcionalidade foi aplicado em sua plenitude e a ponderação dos interesses em conflito levou a conclusão de que a instalação de câmeras de vídeo instaladas diretamente sobre os trabalhadores

“...não é uma medida adequada e necessária ao efeito pretendido pela entidade patronal, além de que gera um sacrifício dos direitos de personalidade que é inteiramente desproporcionado relativamente às vantagens de cariz económico ou de interesse sanitário que supostamente se visava obter. “

Neste prisma, a decisão citada levou em consideração os subprincípios da proporcionalidade – adequação e necessidade – como suporte fático da lei da colisão. Implicou relevante avaliação hermenêutica sem decisionismo²⁵⁶, da qual se conclui que não será por meio de extensas ilações da CNPD - no campo de suas diretrizes pragmáticas - o caminho seguro a guiar a jurisprudência na **eficaz proibição do excesso pelos empregadores**.

Ao fim e ao cabo, o *déficit* legal no Brasil a respeito do controle das NTIC impõe uma limitada interpretação jurídica no contexto dos direitos fundamentais pelos Juízes, enquanto, em Portugal, o rigor normativo da CNPD na proteção de dados nem sempre é o melhor caminho para a solução dos conflitos em prol da efetiva tutela jurídica dos trabalhadores. É a jurisprudência que deve balizar a interpretação legal e a aplicação das normas pela CNPD, e não o contrário.

²⁵⁶ Alexy vai dizer que o modelo decisionista, meramente psicológico, seria substituído pelo modelo fundamentado. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes. (ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 165).

CONCLUSÃO

Nestes novos tempos, as relações de trabalho tornam-se cada vez mais complexas e susceptíveis às interferências tecnológicas. É um tanto quanto notória a importância das tecnologias para a civilização, embora inversamente proporcional aos seus efeitos na seara da privacidade

No ambiente de trabalho, as NTIC produzem seus efeitos de maneira direta sobre liberdades individuais e direitos fundamentais, nomeadamente a privacidade. A intervenção empírica sobre os direitos dos trabalhadores ofende os direitos da personalidade e, em certa medida, possuem potencial aptidão em ultrapassar os limites do razoável.

A estrutura produtiva do trabalho humano coloca a influência das NTIC sobre a privacidade como mero expediente deduzível do contrato de trabalho. Por conta deste descompasso de valores, os trabalhadores são ameaçados em seu meio ambiente com a instalação de câmeras de vigilância em banheiros e nos ambientes de convivência, além de serem monitorados diuturnamente pelas demais ferramentas de trabalho, como computadores, telefone, correios eletrônicos, entre outros.

Disto decorre o fundamento no poder empregatício e ao direito de propriedade. Contudo, o texto constitucional aproxima-se dos direitos fundamentais ao garantir a eficácia horizontal entre particulares, não somente de maneira vertical. O efeito da historicidade dos direitos fundamentais representou inegável posição de valores em favor da dignidade da pessoa humana como núcleo central da Constituição, e disso decorre a garantia ao direito à privacidade como norma de direito fundamental em prol da proteção de dados e à autodeterminação informativa.

Todos estes fatores foram sopesados no presente estudo com diversos exemplos práticos trazidos da jurisprudência a respeito dos limites do poder diretivo aplicáveis sobre determinadas situações fáticas já conhecidas por grande parte da doutrina.

No entanto, o presente estudo não se limitou a esta situação sobre o que é certo ou errado na aplicação do direito pelos Tribunais. A pergunta formulada diz respeito à qual é a melhor solução a ser dada ao conflito entre os direitos fundamentais, nomeadamente no meio ambiente de trabalho e sob os efeitos da ampla fiscalização e controle do empregador

pelos meios tecnológicos. Não se desprezará, em nenhum momento, a importância econômica do poder empregatício, sem o que esta discussão seria inócua. Sem empresa, não existe emprego. Não foi este o mote; o objetivo foi traçar limites a este poder empregatício para permitir no plano econômico a sua atuação com a mínima interferência aos direitos da personalidade.

É neste contexto que chama a atenção a fórmula encontrada para cada país para lidar com a tutela dos direitos da personalidade na seara trabalhista. Portugal possui alto poder regulamentar sobre as NTIC, tanto com regras previstas no Código do Trabalho como pelos preceitos da CNPD (aplicáveis à tecnologia de informação e comunicação no contexto laboral); enquanto no Brasil, não existem regras expressas sobre a proteção dos direitos da personalidade do trabalhador quicá a respeito da privacidade – cabendo ao judiciário a solução dos conflitos entre normas de direitos fundamentais.

Contudo, não se deixou de pontuar que é preocupante a forma pela qual as deliberações da CNPD pretendem influenciar a aplicação do direito e a atuação dos Tribunais como meio de racionalização dos conflitos. Então, qual seria o melhor caminho à garantia efetiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores? Não existe uma resposta fácil, até porque o caminho tutelar definitivo para proporcionar a segurança jurídica nos casos de conflito entre princípios será sempre aquela interpretação dada pelos Tribunais aos casos concretos como meio de racionalização dos conflitos.

Em linhas gerais, conclui-se que, nem para mais, nem para menos, a solução adequada para os conflitos será sempre medida pelo Judiciário através da efetividade do princípio da proporcionalidade por intermédio da otimização dos interesses conflitantes das normas de direitos fundamentais, seja especialmente dados pela correta “importação” dos conceitos da *Teoria dos Princípios* e o método da proporcionalidade adotada por Robert Alexy²⁵⁷, figura expoente na aplicação desta teoria.

Com isto, será possível traçar limites ao poder empregatício e restringir a privacidade ao mínimo possível. A Constituição não deu carta branca ao empregador para impor sua vontade de maneira ilimitada, como também não garantiu o caráter absoluto da privacidade; todos estes direitos fundamentais precisam ser ponderados e aplicados de maneira racional, prevalecendo uma norma sobre a outra se houver razões suficientes no caso concreto (suporte fático). Tudo isto para garantir a efetiva dignidade da pessoa

²⁵⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: 2014. p. 118.

humana no contexto da relação de trabalho, fruto dos princípios basilares do estado democrático de direito e dos valores da cidadania.

FONTES DOCUMENTAIS

1 – LEIS

a) *Livro*

CÓDIGO do Trabalho e legislação complementar. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2010. ISBN 978-972-724-529-1.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2010. ISBN 978-972-724-529-1.

b) *Internet*

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – Deliberação nº. 7680/2014 [em linha]. [Consult. 10 Maio 2018]. Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_7680-2014_GEO_LABORAL.pdf

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – Princípios sobre a Utilização de Dados Biométricos no Âmbito do Controlo de Acessos e de Assiduidade [em linha]. [Consult. 10 Maio 2018]. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-BIOM-assiduidade-acesso.pdf>

PARLAMENTO EUROPEU – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) [em linha]. [Consult. 15 Maio 2018]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=EN>

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – Consolidação das Leis do Trabalho [em linha]. [Consult. 10 de Maio 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – Constituição da República Federativa do Brasil [em linha]. [Consult. 15 Out. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **LEI n.º 10.406/2002: Código Civil** [Em linha]. [Consult. 27 Set. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BIBLIOGRAFIA

1. Específica

a) Livro, Monografia e Revista Científica

ALEXY, Robert – **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Ed. Landy, 2001.

ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 978-85-392-0073-3.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de – **Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício**. São Paulo: LTR, 2013. ISBN 978-85-361-2539-8.

AMADO, João Leal – **Perspectivas do Direito do Trabalho: um ramo em crise identitária?** São Paulo, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 47, 2015.

AMADO, João Leal – **Temas Laborais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de - **Direito do Trabalho e pós-modernidade. Fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Ed. LTR, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978972-40-3716-5.

ANTÓN, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *Labor Law Journal*, vol. 49, núm. 3, 1998, pp. 897 y ss.

ARENDDT, Hannah – **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia de bolso, 2012.

- ARENHART, Sérgio Cruz – **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. ISBN 85-203-1918-1.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil Teoria Geral**. 13.^a ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-724-024-431.
- AUGSBERG, Ino – A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes – A Teoria da Ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. Livro Critica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.
- ÁVILA, Humberto – Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros. 2005. ISBN 85-7420-620-2.
- AVILES, J. A. Fernábdez – **Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral es España** - revista Labour & Law Issues, v. 2, n.1, 2016, ISSN: 2421-2695.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Contrato de trabalho em face das novas possibilidades de diagnóstico. Brotéria: Revista de Cultura, Lisboa, nº 5/6, v. 150, setembro, 2000.
- BARROS, Alice Monteiro de - **Curso de Direito do Trabalho**. 5.^a ed. São Paulo: LTR, 2009. ISBN 978-85-361-1279-4.
- BARROSO, Luiz Roberto – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, ISBN 978-85-02-07279-4.
- BELMONTE, Alexandre Agra – **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ed. LTR, 2013. ISBN 978-85-361-2671-5.
- BITTAR, Carlos Alberto - **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1994. ISBN 85-218-0121-1.
- BOBBIO, Norberto – **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-903-7.
- BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 30^a ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0271-3.
- BRAMANTE, Ivani Contini. São Paulo. LTR, v. 76, nº 4, Abril de 2012, 76-04-392.

- CAMPOS, Diogo Leite – **Lições de Direitos da Personalidade**. Coimbra: Ed. Almedina, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- CAPELO DE SOUSA, Radindranath V. A. – **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.
- CARVALHOSA, Modesto - **Considerações sobre Direito Econômico**. São Paulo: Unidas, 1971.
- CASSAR, Vólia Bomfim – **Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Método. 2012. ISBN 8530944410.
- CASTELLS, Manuel – **Redes de indignação e Esperança. Movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2013. ISBN 9788537815939.
- CORDEIRO, Antônio Menezes – **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral, tomo I. 3.^a ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2011.
- DÄUBLER, Wolfgang - **Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha**. São Paulo: Ed. LTR, 1997. p. 63, 1997.
- DE CUPIS, Adriano – **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Quorum, 2008. ISBN 918-85-7468-438-3.
- DE MASI, Domênico - **Sociedade Pós Industrial**. São Paulo: Editora SENAC, 1999.
- DE MORAIS FILHO, Evaristo – **Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa**. São Paulo. Editora LTR, 1993.
- DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de Direito do Trabalho**. 14.^a ed. São Paulo: LTR, 2015. ISBN 978.85.361.3218-1.
- DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e Direitos Fundamentais**. 3.^a ed. São Paulo: LTR, 2015. ISBN 978-85-361-8380-0.
- DELIO MARANHÃO, DIREITO DO TRABALHO, 17.^a ed. Fundação Getúlio Vargas, 1993, São Paulo.
- DINIZ, Maria Helena – **Teoria Geral do Direito Civil**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

- DOTTI, René Ariel – *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. ISBN 85-203-0036-7.
- DRAY, Guilherme e MARTINEZ, Pedro Romano – **Código do Trabalho**. Lisboa: Editora Almedina, 2016.
- DWORKIN, Ronald – **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo, 2002: Martins Fontes
- FARIAS, Cristiano Chaves e ROSEVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil**. 10ª Ed. Salvador: Ed. *JusPodvm*, 2012. p. 171.
- FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*. Coimbra: Ed. Almedina, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio - **Direito Constitucional**. São Paulo: ed. Manole, 2007. ISBN 978-85-204-2451-3.
- FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir*. 35ª ed. São Paulo: Editora vozes, 1998.
- FRAGA, Luís Alves de – **Metodologia da Investigação** - Editado por Abdul's Angels. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.
- GOMES, Orlando - **Direito do Trabalho**, 3ª ed. Editora LTR, São Paulo, 1979. p.82.
- GOMES, Orlando - **Introdução ao Direito Civil**, 20ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. ISBN 978-85-309-3064-6
- GONÇALVES, Maria Eduarda – **Direito da Informação**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- GUERRA, Amadeu – **A Privacidade no Local de Trabalho**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- HABERMAS, Jürgen – **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: Editora Unesp, 2012. ISBN 978-85-393-0247-5.
- HESSE, Konhad – **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- LADEUR, Karl-Heinz - **Entre Teorias e Espantalhos**. Livro Critica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 97.

- LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque e LA ROSA, Manuela Álvarez de – **Derecho del Trabajo**. 13ª Ed. Madrid: Editora Universitaria Ramón Areces, 2005.
- LÓPEZ, Rodrigo Tascón – **La protección de Datos Personales de Los Trabajadores**, Revista Jurídica de Castilla y Leon, n. ° 16. SEPTIEMBRE 2008.
- MAGANO, Octávio Bueno – **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982. p. 99.
- MALLET, Estêvão. **Direito, Trabalho e Processo em Transformação**. São Paulo: Revista Ltr, 2005.
- MARANHÃO, Délio – **Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1993.
- MEIRELES, Edilton – **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTR, 2013.
- MELGAR, Alfredo Montoya – **Derecho del Trabajo**. 24ª. ed. Madrid: Ed. Tecnos.
- MENDES, Luiz Azevedo. Privacidade e Tecnologias de Informação em Contexto Laboral. VIII Colóquio sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça. [S.L]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em 15 Dez. 2018
- MENEZES LEITÃO, Luiz Manuel Teles de – **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4915-1.
- MERCADER UGUINA, J.R. – **Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información**, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MESQUITA, Luiz José de – **Direito Disciplinar do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1950.
- MIRANDA, Jorge – **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.
- MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação: Contributo para um Estudo dos Limites do Poder**

- de Controlo Electrónico do Empregador**. Coimbra: Ed. Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4208-4.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro - **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, ISBN 978-85-17387-3.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro e NASCIMENTO, Sônia Mascaro - **Curso de Direito do Trabalho**, 29ª ed. Saraiva, p. 640. São Paulo, 2014, ISBN 978-85-02-21734-8.
- NASCIMENTO, Apud, SCALLE, George, 1920, *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. Saraiva.
- PACHÉS, Fernando de Vicente – **El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad**. Madrid: Ed. CES, 1998.
- PEDREIRA, pinho. **O teletrabalho**. Revista Ltr. São Paulo: Ltr, v. 64, n.5, p. 583, maio de 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique – *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2010. ISBN 9788430951352.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.
- PINTO – José Augusto Rodrigues– **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007. ISBN 978-85-361-0975-6.
- PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Pensar a Justiça. ISBN 978-85.909488-2-7.
- POSCHER, Ralf – **Teoria de um Fantasma – A malsucedida busca da Teoria dos princípios pelo seu objeto**. Livro Crítica da Ponderação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.
- PROENÇA, Carlos Carranho – *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Européia*. Coimbra: Ed. Petrony. 2017.
- PROENÇA, Carlos Carranho – *Proteção jurisdicional efetiva na União Europeia: evolução e perspectivas (ou expetativas) futuras*. **Debater a Europa**, [S.l.], n. 15, p. 83-103, nov. 2016. ISSN 1647-6336. Disponível em: <<http://impactum-journals.uc.pt/debatereuropa/article/view/3815>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

- RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6159-7.
- RAWLS, John – **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.
- REDINHA, Maria Regina - “**Proteção da personalidade no Código do Trabalho**”, **Para Jorge Leite**. Escritos Jurídico-Laborais, Coimbra Editora, 2014.
- REDINHA, Maria Regina Gomes – **Direitos de personalidade**. Disponível em <<http://www.cije.uo.pt/downloadhdl.handle.net/10216/24325>>. Acesso em: 09 jun. 2018
- ROBL FILHO, Ilton Norberto - **Direito, intimidade e Vida Privada**. São Paulo: Ed. Juruá, 2010.
- SAKO, Emilia Simeão Albino – **Trabalho e Novas Tecnologias**. São Paulo: Ed. LTr, 2014. ISBN 978-85-361-3139-9. p. 114.
- SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa – **Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2000. p. 291.
- SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. ISBN 978-85.7348-957-6.
- _____ - **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-857348.789-3.
- _____ - **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-63491-6.
- SARMENTO, Daniel – **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.
- SCHREIBER, Anderson – **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-328.9.

SIMÓN, Sandra Lia – **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Emprego**. São Paulo: Ed. LTR, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis – Do Direito à Desconexão do Trabalho. Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho. Acesso em: 10 jan. 2018.

STRECK, LÊNIO – Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. [S.L]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em 15 Dez. 2018

SUSSEKIND, Arnaldo – Instituições de Direito do Trabalho, São Paulo: Ltr, 1993.

TRABAUCCHI, Di Alberto - *Instituzioni di Diritto Civile*. Roma: Ed. CEDAM, 2010.

URIARTE, Oscar Ermida - **Globalización Y Relaciones Laborales**. São Paulo: LTR, 2001. ISBN 85-361-0006-0.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno – **Os Direitos da Personalidade nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ed. LRT, 2006.

WERLE, Denilson Luis – **Manual de Filosofia Política**, 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, ISBN 978-85-02-62198-5.]

WESTERMANN, Harry - **Código Civil Alemão: parte geral**. tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1991.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Curso de Direito do Trabalho**. Lisboa: Ed. Verbo, 2004.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis – **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-12646-6.